

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
FINS DE NON RECEVOIR
opposables au recours
POUR EXCÈS DE POUVOIR

Le recours pour excès de pouvoir
tend à devenir de plus en plus un
recours populaire.

(H. BERTHÉLEMY).

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 17 Avril 1907, à 2 heures

PAR

Louis VERGNIAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. BERTHÉLEMY.

Suffragants : { MM. SAUZET,
JACQUELIN, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—
1907

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
FINS DE NON RECEVOIR
opposables au recours
POUR EXCÈS DE POUVOIR

Le recours pour excès de pouvoir
tend à devenir de plus en plus un
recours populaire.

(H. BERTHÉLEMY).

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'Acte public sur les Matières ci-après sera soutenu le
Mercredi 17 Avril 1907, à 2 heures

PAR

Louis VERGNIAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. BERTHÉLEMY.

Suffragants : { MM. SAUZET, } *professeurs.*
JACQUELIN, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—
1907

DES FINS DE NON RECEVOIR

Opposables au recours pour excès de pouvoir.

INTRODUCTION

C'est en 1896 que M. le vice-président Laferrière a fait paraître la deuxième édition de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Depuis cette date, dix ans se sont écoulés et pendant ce court laps de temps, la jurisprudence a évolué profondément. Le contentieux de pleine juridiction tout d'abord a vu certains principes développés et affirmés (1), d'autres, au contraire, abandonnés complètement (2). Mais l'œuvre prétorienne du Conseil d'Etat s'est surtout fait sentir dans la matière du recours pour excès de pouvoir. Assurer aux citoyens un moyen énergique et prompt de faire respecter

(1) Par exemple le Conseil d'Etat est considéré comme juge de droit en matière administrative.

(2) Théorie du Ministre juge. Théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique.

leurs droits en provoquant l'annulation des actes illégaux de l'administration, tel paraît avoir été le souci dominant de la haute juridiction. La recevabilité du recours pour excès de pouvoir est subordonnée à certaines conditions, ce sont justement ces fins de non recevoir que nous voulons étudier, parce que c'est sur ce point que l'évolution jurisprudentielle que nous signalons s'est le plus particulièrement manifestée. Comment et sous quelles influences le juge s'est-il petit à petit départi de ses rigueurs, et, a-t-il au contraire cherché à faciliter l'accès du prétoire, comment le recours pour excès de pouvoir est-il devenu un recours largement ouvert, comment pourra-t-il devenir dans l'avenir, si cette évolution se continue, un véritable recours objectif », une sorte d'action populaire ? C'est ce long travail de la jurisprudence prétorienne que nous voulons retracer, et, si nous le faisons, c'est dans ce but unique de montrer quelles garanties les citoyens trouvent dans la juridiction administrative, parce qu'ils ont à leur disposition le recours le plus merveilleux qu'on puisse avoir, une voie de droit qu'on ne retrouve nulle part ailleurs, pas même devant l'autorité judiciaire.

C'est dans la loi des 7-14 octobre 1790 que le Conseil d'Etat a trouvé pendant longtemps la base du recours pour excès de pouvoir ; on sait dans quelles conditions est intervenue cette loi. Une difficulté en matière de grande voirie étant survenue entre le

directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, le baillage de Gray, tribunal judiciaire, fut saisi de la contestation. Le directoire du département prétendit qu'une telle difficulté relevait de sa compétence et porta la question devant l'Assemblée nationale qui, au rapport du comité de constitution, trancha le conflit en renvoyant au roi le jugement de la contestation. « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont, dans aucun cas, du ressort des tribunaux : elles seront portées au roi, chef de l'administration générale, et dans le cas où l'on prétendrait que les Ministres de sa Majesté auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au Corps législatif. » Néanmoins, ce n'est qu'en 1830 que le Conseil d'Etat a commencé à invoquer ce texte dans ses décisions.

Quelle est l'histoire primitive du recours pour excès de pouvoir? La loi des 27 avril-25 mai 1791, avait organisé un Conseil d'Etat composé du roi et de ses Ministres, mais ce Conseil n'eût qu'une existence éphémère et il faut arriver à la Constitution de l'an VIII pour trouver une nouvelle organisation du Conseil d'Etat. Pendant toute cette première période, le seul recours dirigé contre les actes de puissance publique est un recours hiérarchique. L'arrêté du 5 nivôse an VIII, charge le Conseil de prononcer sur les affaires contentieuses, dont la décision était précé-

dément réservée aux Ministres et le décret du 11 juin 1806 crée une commission d'ile du contentieux ; grâce à cette organisation, le recours contentieux va pouvoir se développer. Jusqu'en 1812, il est un ; mais, à partir de ce moment, nous assistons à une évolution : deux décrets du 29 décembre 1812 et du 21 janvier 1813 font une distinction, d'une part entre les actes argués d'incompétence et d'autre part ceux contre lesquels un autre grief était invoqué. Les premiers, pouvant être attaqués directement ; les seconds au contraire devant être soumis préalablement au Ministre.

Le recours pour excès de pouvoir était fondé ; la séparation entre le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux était accomplie. La notion d'incompétence s'élargit, elle comprit bientôt l'excès de pouvoir et la violation des formes ; à partir des arrêts célèbres du 15 juillet et du 28 décembre 1832, le Conseil trouve la base de sa distinction dans la loi des 7-14 octobre 1790.

C'est sous le second Empire que la jurisprudence relative au recours pour excès de pouvoir s'est véritablement transformée. Tout d'abord, à cause de cette idée qui prédominait au Conseil et qui se trouve affirmée et développée dans les conclusions des commissaires du Gouvernement qui portaient à cette époque la parole ; idée qui voulait voir dans le recours pour excès de pouvoir une soupape de sûreté contre l'arbi-

traire administratif. Il faut également se souvenir qu'à cette époque la juridiction du Conseil était encore retenue, que, partant, c'était l'Empereur en son conseil qui annulait les actes de ses subordonnés. En second lieu, intervient à ce moment un texte qui devait avoir une influence décisive sur notre recours, je veux parler du décret du 2 novembre 1864. D'après ce texte, les recours portés devant le Conseil d'Etat, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, contre les actes administratifs pour incompétence et excès de pouvoir, peuvent être désormais formés sans l'assistance d'un avocat. Indépendamment d'une consécration indirecte d'une jurisprudence déjà ancienne, ce texte a été la cause d'un développement considérable du recours pour excès de pouvoir. En effet, voulant faire profiter les parties de la dispense du ministère d'avocat, le Conseil va élargir la notion d'excès de pouvoir et lui assimiler celle de violation de la loi. C'est alors que se produit la déviation de la notion d'excès de pouvoir signalée par E. Laferrière (1), et la fusion entre l'ancien recours contentieux en annulation et le recours pour excès de pouvoir. Cet heureux développement du recours était constaté dès cette époque, si bien qu'en cette même année 1864, M. Charles Robert pouvait dire dans les conclusions qu'il donnait sous l'arrêt du 21 juillet 1864 : « Cette petite loi de l'Assemblée constituante qui, les

(1) LAFERRIÈRE, *Traité*, t. II, p. 440.

7-14 octobre 1790, à propos de nous ne savons plus quelle contestation soulevée entre le Directoire de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, a déclaré que les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs sont portées au roi, était une semence féconde qui est devenue un grand arbre ».

La loi du 24 mai 1872 porte dans son art. 9 : « Le Conseil statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. » Désormais la justice déléguée succède à la justice retenue, le Conseil statue avec un pouvoir propre. Au lendemain même de la loi du 24 mars 1872, il semble qu'un temps d'arrêt succède à la période d'épanouissement antérieur. Sans doute, sur certains points, la théorie du recours pour excès de pouvoir est précisée ; mais, dans son ensemble, elle reste la même et M. Laferrière, dans son *Traité de la juridiction administrative*, semble lui donner son expression dernière. Avant de décrire la nouvelle poussée jurisprudentielle qui s'est manifestée dans ces dernières années, cherchons à préciser le caractère du recours pour excès de pouvoir.

Ce recours est tout d'abord un recours contentieux, c'est justement ce qui en fait l'originalité, il faut donc se garder de le confondre avec d'autres recours qui aboutissent eux aussi à une annulation. Il convient tout d'abord de le distinguer : du recours gracieux,

qui consiste à demander à l'auteur même de l'acte de rapporter de son plein gré cet acte ; du recours hiérarchique, dans lequel on s'adresse au supérieur hiérarchique pour lui demander de réformer l'acte de son subordonné. Les deux traits caractéristiques de ces recours sont les suivants : aucun délai n'est imparti au requérant pour former son recours, il n'est astreint à l'observation d'aucune forme. Nous verrons au contraire que le recours pour excès de pouvoir est subordonné à l'observation de certaines formes et doit être intenté dans un délai fort court. En second lieu, il est une autre catégorie de voies de nullité qui aboutissent également à l'annulation des actes attaqués ; mais là encore on se trouve en présence de recours administratifs. Ce sont :

1° Le recours formé en vertu de l'art. 43 de la loi du 21 juin 1865 par lequel les intéressés demandent l'annulation de l'arrêté par lequel le préfet a autorisé une association syndicale. Il est statué dans ce cas par décret en Conseil d'Etat ;

2° Le recours formé par les particuliers en vertu de l'art. 88 de la loi du 10 août 1871 et par lequel ils demandent au Conseil général de réformer la décision prise par la Commission départementale ;

3° Le recours prévu par l'art. 40 du décret du 22 juillet 1806, dont le but immédiat est l'annulation des décrets rendus, après délibération du Conseil d'Etat ;

4° Enfin les recours en matière de prises maritimes.

Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux, mais c'est un recours contentieux d'une nature particulière. En quoi le recours en annulation diffère-t-il du recours de pleine juridiction ? C'est là le second point que nous avons à établir.

1° Tout d'abord, dit-on, le recours pour excès de pouvoir est un recours qui est dirigé contre un acte, tandis que le recours de plein contentieux est dirigé contre un patrimoine. Il y a là, suivant nous, une inexactitude complète : tout le contentieux administratif est un contentieux dans lequel on attaque un acte administratif ; dans le contentieux de pleine juridiction, on se pourvoit contre un acte : c'est contre la décision du Ministre portant liquidation qu'on plaide ou contre celle qui aura prononcé la déchéance d'un concessionnaire, c'est contre le décompte qu'on se pourvoit, cela est si vrai, que la condition indispensable et *sine qua non* de toute réclamation est la production d'une décision qu'on attaque ; c'est ce qui explique que pendant si longtemps aucune voie de recours n'a été ouverte contre le silence gardé par l'administration. C'est en ce sens que M. le président Lyon a pu écrire (1) : « La conception primitive inspire encore la jurisprudence : le Conseil d'Etat exerçant la juridiction administrative, ce n'est encore

(1) Matières budgétaires.

pour elle, semble-t-il, dans tout ce qui touche à la liquidation que le chef de l'Etat « en son conseil », c'est-à-dire le chef de l'action administrative exerçant sur les actes, sur les décisions de ses subordonnés son pouvoir administratif et hiérarchique. D'où il suit que pour s'en faire entendre il faut commencer par lui apporter un acte, une décision sur laquelle il puisse exercer cette action administrative et hiérarchique. Ce n'est, en d'autres termes, qu'un juge de réformation (1) ». C'était également l'opinion de M. Hauriou, lorsque, dans une note récente parue au Sirey (2), le savant professeur de Toulouse, sans revenir sur cette interprétation, essaye d'établir qu'une nouvelle orientation semble résulter de la jurisprudence. Il cite trois arrêts : les deux premiers sont des arrêts de conflits. Dans les deux espèces, il y avait en effet assignation directe, mais devant les tribunaux judiciaires, il n'y a rien là d'étonnant, puisque c'est la voie normale de procédure. Le troisième arrêt est un arrêt rendu par le Conseil d'Etat ; M. Hauriou prétend établir que l'administration avait été assignée directement devant le Conseil du contentieux administratif ; et cette demande formée par le requérant, M. Hauriou l'appelle une demande en maintien de possession. Il n'y a qu'à lire l'arrêt cité pour se convaincre de l'inexactitude

(1) Le caractère hiérarchique de la juridiction administrative a été surtout nettement mis en lumière par M. le professeur Jacquelin.

(2) SIREY, 1906, 3, 81.

du raisonnement. Le sieur Béliet attaquait la décision qui avait prononcé le retrait de l'autorisation d'occuper une marine sur les cinquante pas géométriques, qui avait été accordée à son père et qu'il avait négligé de faire régulariser. « Considérant... mais que cette circonstance ne saurait justifier le retrait de l'autorisation et l'expulsion du sieur Béliet... ». Il y avait donc bien eu une décision (1).

Quel est donc le critérium qui permet de différencier le contentieux de pleine juridiction du contentieux d'annulation ? (2) Dans une première opinion, on raisonne de la façon suivante : le contentieux de

(1) M. Hauriou revient sur cette théorie dans l'étude qu'il a publiée dans le *Recueil de Législation de Toulouse*, 1905, p. 65, n° 1, arrêt du Conseil d'Etat, 15 mai 1903.

L'arrêt auquel il fait allusion pour établir qu'on peut saisir directement le juge administratif sans provoquer au préalable une décision de l'administrateur actif, est du 15 mai 1903. Il est ainsi conçu : « Considérant que la dépêche par laquelle le Ministre des Travaux publics a fait connaître à la Compagnie anonyme de navigation et au sieur Garralda qu'il n'y avait lieu de lui allouer une indemnité, ne constitue pas une décision et ne faisait pas obstacle à ce que les requérants, ainsi qu'ils l'ont fait d'ailleurs, saisissent de leur demande la juridiction compétente ». M. Hauriou semble s'être mépris, nous le croyons tout au moins, sur la portée juridique de ce considérant. Le Conseil ne dit pas du tout qu'on peut saisir directement le juge, il déclare que la dépêche du Ministre ne constitue pas une décision, il y a là une application d'une théorie générale qui se trouve exposée notamment par M. le président Lyon dans ses matières budgétaires lorsqu'il se demande quel est le caractère juridique de la liquidation. Ici l'acte du Ministre était un simple exposé de prétentions partant, il n'y avait pas lieu d'en demander l'annulation comme le faisaient les requérants, ils pouvaient saisir le juge compétent, en l'espèce le Conseil de préfecture, après avoir provoqué par une demande préalable la réponse du Ministre.

(2) V. sur ce point les conclusions de M. Romieu, *Gaz. du Palais*, 3 décembre 1906.

pleine juridiction est un contentieux dans lequel le juge a une pleine et entière liberté d'appréciation à la façon d'une Cour d'appel ; il connaît du fond même de l'affaire ; dans le contentieux de l'annulation, au contraire, il doit s'en tenir à la connaissance des questions de forme et de légalité pure ; en un mot, on transporte dans la matière de l'excès de pouvoir les principes généraux et les préceptes qui limitent l'action et le pouvoir de la Cour de cassation dans le contentieux judiciaire, lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une Cour d'appel. Il faut donc se placer au point de vue des pouvoirs du juge : a-t-il la liberté d'apprécier le fond même de l'affaire ? il est juge de plein contentieux ; doit-il, au contraire, s'en tenir à l'examen des questions de légalité et de régularité extrinsèques ? il fonctionne comme juge de l'excès de pouvoir. On appuie même ce premier raisonnement direct d'un argument d'analogie tiré de la législation des établissements dangereux et insalubres, qui constitue, en quelque sorte, la mise en œuvre de ce critérium ; le juge a, en effet, le droit de vérifier si, matériellement, l'établissement qu'on veut établir est de nature à nuire et à porter préjudice aux propriétés riveraines, et en statuant en cette matière il statue comme juge de plein contentieux.

Cette première argumentation ne nous semble pas sans réplique ; tout d'abord, il convient d'écarter l'argument d'analogie tiré de la législation des établis-

sements insalubres. En effet, à l'époque où le décret du 15 octobre 1810 a été rendu, cette délimitation entre le contentieux de pleine juridiction et le contentieux de l'annulation n'existait point, ce n'est guère qu'à partir de 1813 que le Conseil a commencé, comme nous l'avons vu, à distinguer entre les recours fondés sur l'incompétence et les autres recours. Jusqu'en 1872, de plus, la juridiction du Conseil a été une juridiction retenue, c'est ce qui explique que le souverain, en cette matière, ne se bornait pas à annuler la décision illégale, mais, en quelque sorte, évoquant l'affaire et statuant à son tour, il accordait une autorisation nouvelle. Lorsqu'après 1872 sa juridiction devint une juridiction déléguée, le Conseil a continué, en la matière des établissements insalubres, les errements du passé ; si aujourd'hui il statue et accorde lui-même l'autorisation, ne se bornant pas à annuler la décision de l'autorité inférieure et à renvoyer devant l'administrateur compétent, c'est en vertu de ces causes historiques que nous venons de retracer.

Cet argument d'analogie écarté, il nous reste à montrer combien il est faux de prétendre que le juge de l'excès de pouvoir ne peut jamais connaître des questions de fond. Lorsque, saisi d'un pourvoi, le Conseil d'Etat examine si la loi a été violée ou non, à chaque instant, il est amené à vérifier des circonstances de fait et à contrôler par des constatations matérielles les dires mêmes soit des parties, soit de

l'administration. Qu'il nous soit permis, entre tant d'autres, de rappeler certaines de ces espèces auxquelles nous faisons allusion. C'est ainsi, par exemple, que dans la matière des délimitations du rivage de la mer, lorsque le décret qui a fixé les limites du rivage de la mer est attaqué, la juridiction administrative se reconnaît compétente pour vérifier si en fait la limite telle que l'a tracée l'administration est bien établie, conformément à la règle posée par le texte de 1681. De même également lorsque le Conseil statue sur la légalité des arrêtés de police, des maires par exemple, il est forcé de vérifier si en fait le maire a ou non outrepassé ses droits. Enfin, on peut citer un exemple encore plus concluant qui est fourni par l'arrêt du 25 novembre 1885. Dans cette espèce le juge a-t-il hésité un seul instant à apprécier en fait le caractère des travaux que le requérant voulait effectuer au mur de face de sa maison ?

A côté de ce premier criterium, il en est un second qui veut chercher dans la nature même de l'acte attaqué la base de la distinction du contentieux administratif. Le recours pour excès de pouvoir est essentiellement dirigé contre les actes de puissance publique ; tandis qu'au contraire, le contentieux de pleine juridiction est le contentieux des actes de gestion. C'est cette conception à la fois simple et claire qui se dégage avec une netteté saisissante de l'étude même de la jurisprudence, l'acte d'autorité a toujours été l'objet du recours pour

excès de pouvoir, recours prétorien, a-t-on dit, œuvre véritable du Conseil d'Etat qui a, comme le disait en 1864 un des commissaires du Gouvernement, créé de toutes pièces une voie de droit qui permet à tous les citoyens de faire annuler les actes par lesquels se manifeste la puissance publique et qui lésent dans leurs droits les particuliers. C'est cette même idée qu'exprimait d'une façon plus concise, partant plus ferme, M. le vice-président Laferrière quand il écrivait : « Lorsque les actes et décisions de l'administration ont le caractère d'actes de commandement et de puissance publique, ils ne peuvent pas être révisés et réformés par la juridiction administrative. Le seul recours contentieux qui puisse être dirigé contre les actes de cette nature est le recours pour excès de pouvoir ; »

2° Le deuxième trait caractéristique qui sépare les deux recours, c'est que le recours de pleine juridiction repose sur la violation d'un droit acquis, tandis que, nous le verrons, il suffit de légitimer d'un simple intérêt pour intenter un recours pour excès de pouvoir ;

3° Le recours de pleine juridiction aboutit à une condamnation, c'est un contentieux essentiellement pécuniaire ; le recours pour excès de pouvoir étant dirigé contre un acte de puissance publique, ne peut aboutir qu'à une annulation. Lorsque l'acte annulé est un acte positif, la solution ne présente aucune difficulté ; mais, lorsque l'on se trouve en présence d'un

acte négatif, d'un refus par exemple, quelle sera la conséquence de l'annulation prononcée ?

La question est en effet délicate. La conséquence sera celle-ci, sans aucun doute : l'administrateur sera obligé de faire l'acte positif qu'il avait d'abord refusé d'accomplir ; par exemple d'accorder l'autorisation demandée, ou la permission sollicitée. Cette situation à laquelle nous faisons allusion, vient de se présenter justement dans la matière du repos hebdomadaire. La loi du 13 juillet 1906 prévoit des dérogations à la règle générale qu'elle pose, sur le refus opposé par les préfets, les requérants se sont pourvus devant le Conseil d'État qui a annulé les décisions de rejet et renvoyé devant l'administrateur pour que la dérogation fut accordée (1) ;

4° Enfin, tandis que la décision intervenue sur le litige de plein contentieux n'a d'autorité qu'entre les parties, en vertu de l'adage célèbre : *Res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*, l'annulation prononcée sur un recours pour excès de pouvoir a un effet total absolu ; elle opère *erga omnes*. Le Conseil a eu dans ces dernières années à faire application de ces principes, en matière de tierce opposition. Pendant longtemps, en effet, la doctrine enseignée par M. Laferrière a été rigoureusement suivie, la tierce opposi-

(1) Cette jurisprudence était déjà très nettement indiquée dans un arrêt de 1905 d'Uston de la Villerégan, le Conseil a annulé une décision du Ministre portant refus d'attribuer une médaille coloniale.

tion était déclarée recevable contre un arrêt d'annulation, la tierce opposition était en effet intimement liée en procédure à la matière de l'intervention ; toutefois M. Laferrière exigeait que le requérant qui intentait une tierce opposition justifiât d'un intérêt particulièrement renforcé, en réalité on transportait dans le contentieux administratif toute une théorie de la procédure judiciaire. En 1899 (1), dans son arrêt ville d'Angers, le Conseil rompt avec cette ancienne jurisprudence et rejette la requête. « Considérant que les instances engagées par application des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, n'ont pas le caractère de litige entre parties, que si le Conseil d'Etat peut admettre les personnes qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, à lui présenter leurs observations avant le jugement de ces instances, la circonstance que ces intéressés n'auraient pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de la tierce opposition pour remettre en discussion des décisions d'annulation rendues définitivement par le Conseil à l'égard de tous. »

Telle était la physionomie générale du recours pour excès de pouvoir ; lorsque, dans ces dernières années, la jurisprudence s'est enrichie de nombreuses décisions de la plus haute importance, le recours pour excès de

(1) 8 décembre 1899 (Lebon).

pouvoir se trouve élargi, il est transformé pour ainsi dire ; c'est cette transformation que nous devons étudier maintenant.

Les jurisconsultes scindent généralement en deux parties distinctes l'étude du recours pour excès de pouvoir. Tout d'abord, ils examinent les conditions auxquelles toute requête doit satisfaire pour pouvoir être examinée par le juge ; en second lieu, ils étudient celles que doit remplir le pourvoi pour triompher et arriver à l'annulation de l'acte entaché d'illégalité.

Les premières sont des conditions de recevabilité, les autres sont des conditions de fond. Nous ne nous occuperons que des premières qui peuvent se résumer en quatre fins de non recevoir :

La fin de non recevoir tirée de la nature de l'acte.

La fin de non recevoir tirée des formes et du délai.

La fin de non recevoir tirée de la qualité de la partie.

La fin de non recevoir tirée de l'existence du recours parallèle.

DE LA FIN DE NON RECEVOIR TIRÉE DE LA NATURE DE L'ACTE

La première condition que doit remplir un recours pour être recevable, c'est d'être formé contre un acte qui soit susceptible d'annulation contentieuse. Cette première condition est en réalité double. Il faut tout d'abord que l'acte émane d'une autorité qui soit comprise dans la hiérarchie administrative ; et en second lieu qu'il soit par sa nature même susceptible de recours. En effet, si on lit les arrêts du Conseil d'Etat, on voit que tantôt il rejette le recours, parce que l'acte attaqué n'émane pas d'une autorité qui est soumise, en vertu de la loi du 24 mai 1872, à son contrôle juridictionnel, tantôt au contraire à côté de cette première formule, on en trouve une seconde. « Considérant que tel acte n'est pas de nature à être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse » (1).

Quelles sont tout d'abord les autorités qui ne sont point comprises dans la hiérarchie administrative ? La première des autorités qui échappe à tout contrôle

.. (1) Cons. d'Etat, 2 juillet 1880 (Valentin).

juridictionnel est le pouvoir législatif. Les lois en effet ne sont susceptibles d'aucun recours ; et par la loi, il faut entendre ici, aussi bien les lois proprement dites que les actes administratifs faits en forme de loi. Cette distinction est en effet fort importante, lorsqu'il s'agit de savoir qui est compétent pour interpréter les actes administratifs en forme de loi, mais ici elle n'a aucun intérêt.

Des actes législatifs, il convient de rapprocher les actes des autorités parlementaires qui, eux non plus, ne peuvent être valablement déférés au Conseil ; c'est par application de ce principe que la haute juridiction a refusé d'accueillir un recours dirigé contre une décision du président d'une des deux assemblées. C'est également en se fondant sur de semblables raisons que les recours dirigés contre les décisions de la Commission de revision des grades instituée par la loi du 8 août 1871 ont été rejetés par ce motif péremptoire que ladite Commission n'était point une des autorités sur les actes desquels le Conseil ait le pouvoir de statuer, en vertu de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872.

Néanmoins, il convient de remarquer ici que la jurisprudence n'a point cherché à étendre, mais tout au contraire à restreindre le nombre des actes pouvant échapper à sa censure juridictionnelle ; c'est ainsi qu'elle n'a point admis, bien qu'elle en fût sollicitée, que l'approbation d'un acte administratif par le

vote de l'une ou l'autre Chambre puisse faire perdre à un acte du pouvoir exécutif son caractère propre et arriver ainsi à le soustraire à tout recours contentieux.

A côté des actes du pouvoir législatif, il faut placer les actes du pouvoir judiciaire, ses décisions ne sauraient être en effet censurées par la juridiction administrative. Tout récemment encore, en 1901, le Conseil d'État a eu à faire application de ce principe (1). En vertu des art. 41 et 42 du décret du 1^{er} mars 1808, un sieur Herry de Maupas demanda au Conseil l'annulation d'un jugement du Tribunal civil de Tours, qui avait prononcé l'adjudication d'un immeuble compris dans un majorat dont il était titulaire. Le Conseil a rejeté le pourvoi, malgré ce texte formel pour la raison suivante : « Considérant (mais) que cette disposition qui avait pour effet de soumettre les Tribunaux civils à l'autorité d'un corps placé en dehors de la hiérarchie judiciaire, ne pouvait se concevoir que comme dérivant du régime alors en vigueur de la justice retenue, dans lequel le Conseil d'État ne faisait que proposer les décisions du souverain chef suprême de la justice ; qu'elle n'est pas compatible avec le système de la loi du 24 mai 1872 ; qu'en effet, le Conseil d'État du Contentieux, investi par cette loi d'un pouvoir propre de juridiction, est devenu l'or-

(1) 18 janvier 1901 (sieur Herry de Maupas).

gane souverain de la justice administrative et ne saurait en cette qualité exercer un contrôle sur les actes des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire ».

A part ces exceptions, toutes les autres autorités administratives sont soumises au contrôle juridictionnel du Conseil d'État. C'est ainsi notamment, que ce principe a été à nouveau affirmé dans l'arrêt du 22 avril 1904. La juridiction administrative a été reconnue compétente pour statuer sur le recours dirigé contre une décision de la Commission administrative de la Bourse du travail.

Il ne suffit pas que le recours pour excès de pouvoir soit dirigé contre l'acte d'une autorité comprise dans la hiérarchie administrative, il faut encore que cet acte soit, par sa nature même, susceptible d'un recours contentieux. Nous devons montrer maintenant quels sont les actes qui, bien qu'accomplis par un agent du pouvoir exécutif, ne répondent pas à cette deuxième condition. Ce sont ceux tout d'abord par lesquels l'autorité administrative entreprend sur l'un des deux pouvoirs législatif ou judiciaire.

1° Les actes du pouvoir exécutif auxquels on reconnaît un caractère législatif sont en premier lieu les décrets dictatoriaux. A certaines époques troublées dans notre histoire politique, le pouvoir exécutif a pu valablement légiférer. Ce pouvoir qu'il a passagèrement possédé dans la métropole, en vertu de deux textes célèbres : la loi du 24 avril 1873 et le sénatus

consulte du 3 mai 1854, il l'exerce dans les colonies, en tenant compte de certaines distinctions et suivant certaines limites qui ont été tracées par le législateur lui-même. Est-ce à dire que tous les décrets aient ce caractère législatif ; loin de là, car ici la jurisprudence fait une distinction, elle ne reconnaît un tel caractère qu'à ceux d'entre eux qui statuent par voie générale et sur une matière propre au pouvoir législatif. En un mot, il y a là une question d'appréciation qui paraît devoir se résoudre à la lumière des principes qui règlent le partage des deux pouvoirs législatif et exécutif en temps normal.

Dans la métropole même, il est admis que le pouvoir exécutif exerce, en vertu d'une véritable délégation législative, le pouvoir réglementaire lorsqu'il se manifeste sous la forme de règlement d'administration publique. Sans revenir à nouveau sur la question de savoir si la fonction législative peut être déléguée, il convient de montrer toutes les objections qui se dressent contre une telle théorie.

Tout d'abord remarquons le, en vertu de l'art. 471, 15°, l'autorité judiciaire a le droit d'apprécier la légalité des règlements d'administration publique, comme des règlements simples et ce droit que l'on reconnaît à l'autorité judiciaire n'est-il pas directement en contradiction avec le principe qu'on pose, à savoir l'essence législative du règlement d'administration publique. En effet, les juges n'ont point le droit d'ap-

précier la constitutionnalité des lois. Si, d'autre part, c'est bien pour cette raison que le règlement d'administration publique ne peut être attaqué par la voie de l'excès de pouvoir, un tel recours devrait être logiquement repoussé chaque fois qu'il est formé contre un acte administratif pris en vertu d'une délégation législative. C'était la thèse que soutenait justement le Ministre devant le Conseil d'État, lorsqu'il prétendait que le décret par lequel les conditions et le prix du traitement des militaires admis à l'Hôtel-Dieu de Caen, ne pouvait être valablement attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil, par arrêt du 10 mai 1895, a repoussé au contraire cette prétention et à bon droit, le décret n'ayant à aucun degré le caractère législatif.

Les règlements d'administration publique ont cependant été soumis par la jurisprudence elle-même à un certain contrôle, il peut être intéressant de montrer les principales étapes que la jurisprudence a jusqu'ici franchies, parce qu'on peut les considérer comme étant un acheminement vers l'admission du recours pour excès de pouvoir. Tout d'abord, le Conseil s'est reconnu compétent pour vérifier la régularité-extrinsèque d'un tel règlement. A-t-il été régulièrement délibéré en Conseil d'État, et la mention le Conseil d'État entendu n'est-elle point irrégulière. La haute juridiction a fait justement une application de cette théorie dans une espèce particulière. « Mais considérant, dit l'arrêt,

que ledit décret n'a pas été rendu en Conseil d'État ; que, par suite et nonobstant toute mention contraire, il n'a pu valablement modifier le règlement du 20 mars 1876 ; que de ce qui précède, il résulte que le sieur Salle est fondé à demander l'annulation de la décision attaquée. » La jurisprudence ne s'en est pas tenue là, elle a été plus loin et après avoir contrôlé les conditions de validité extrinsèque de l'acte, elle en a vérifié les conditions de validité intrinsèque, au premier rang desquelles il faut ranger l'observation de la délégation législative. Le pouvoir réglementaire n'a-t-il pas outrepassé ses droits, est-il resté dans les limites que par avance le législateur lui avait tracées. C'est ainsi que le pouvoir que possèdent les tribunaux répressifs en vertu de l'art. 471, 15°, la juridiction contentieuse se reconnaît également le droit de l'exercer. L'acte réglementaire tire en effet son pouvoir de la loi, son but unique est d'en assurer le respect en développant les principes qu'elle a posés. Tout règlement qui outrepasserait les limites que le législateur aurait tracées devrait être considéré comme illégal.

C'est ainsi qu'une jurisprudence déjà ancienne, Brac de La Perrière (1) posait déjà cette règle fondamentale : « Considérant que le décret du 10 août 1853 n'a ni modifié ni pu modifier les principes consacrés à cet égard par la législation antérieure dont il avait

(1) 13 mai 1872 (Brac de la Perrière).

simplement à coordonner les dispositions sous forme de règlement d'administration publique en vertu de la loi du 10 juillet 1851. C'est en vertu de ces mêmes principes que la Cour des Comptes et le Conseil d'Etat se sont reconnus compétents pour vérifier la légalité du règlement du 25 mars 1893. « Considérant que le règlement d'administration publique du 27 mars 1893 en soumettant par ses art. 26 et 27 les comptes des trésoriers de fabrique à la juridiction instituée pour le jugement des comptes des établissements publics, a statué dans la limite de la délégation donnée par la loi ci-dessus rappelée ; qu'ainsi c'est à bon droit, etc. »

Si le règlement lui-même demeure inattaquable, toutes les mesures administratives prises pour en assurer l'exécution peuvent être arguées d'excès de pouvoir et être annulées non seulement à raison de leur propre illégalité, mais même de celle dont se trouverait entaché l'acte réglementaire dont elles sont en quelque sorte le complément. Le Conseil d'Etat a lui-même pris la peine d'indiquer ce moyen aux requérants dans deux arrêts de 1892 (1) : « Considérant que la commune de Montreuil-sous-Bois n'est pas recevable à demander l'annulation de ce décret par la voie du recours pour excès de pouvoir sauf à la commune à se pourvoir par les voies de droit, si elle s'y croit fondée contre les mesures qui seraient prises en

(1) 1^{er} avril 1892 et 8 juillet 1892 (ville de Chartres).

exécution dudit règlement. » Que reste-t-il donc du principe qui veut que le règlement d'administration publique ne puisse être directement attaqué, bien peu de choses si ce n'est le principe lui-même, car d'une part on peut discuter sa légalité par voie d'exception, d'autre part on peut recourir directement contre les mesures d'exécution, il n'y a donc qu'un pas à faire, souhaitons que la jurisprudence le franchisse le plus tôt possible.

Il convient de signaler ici à cause de son originalité même la théorie de M. Hébrard de Villeneuve (1). Le point de départ de cette théorie est l'assimilation complète du règlement d'administration publique à l'acte législatif. Par conséquent, de même que le juge peut apprécier la régularité extrinsèque de l'acte législatif, c'est-à-dire contrôler si la loi a été bien votée par l'une ou par l'autre Chambre, régulièrement promulguée ou publiée, de même également, en vertu de l'art. 471, 15°, le juge peut apprécier la légalité d'un règlement mais seulement en se plaçant à ce même point de vue. Donner du texte du Code pénal une explication différente, aboutit au résultat bizarre de faire apprécier par le juge le plus infime l'acte accompli par l'autorité la plus élevée dans la hiérarchie administrative. La question du recours direct doit se résoudre d'après des principes identiques, si le juge

(1) Répertoire de BÉQUET. V° *Règlement d'administration publique*.

ne peut apprécier au fond la question de légalité de l'acte réglementaire, il doit pouvoir en apprécier la validité « formelle » si nous osons ainsi dire. Le recours pour excès de pouvoir basé sur l'incompétence ou le vice de forme, doit donc être déclaré recevable. Cette théorie un peu éclectique, comme le déclare lui-même son auteur, n'est pas sans soulever une objection capitale. C'est que, justement, une des conditions de la validité de l'acte réglementaire est que l'autorité qui l'a fait soit restée dans les limites de la délégation du législateur, on ne peut donc logiquement, à moins de comprendre sous le chef d'incompétence la violation de la loi elle-même, refuser au juge le droit de vérifier si au fond le règlement n'est pas contraire à la loi et ne la viole pas. C'est ce contrôle qu'exerce le juge en vertu de l'art. 471, 15°, d'après une jurisprudence séculaire, c'est lui également que le Conseil se reconnaît le droit d'exercer par voie indirecte, chaque fois que l'illégalité au fond du règlement est soulevée devant lui par voie d'exception.

A côté des actes accomplis par le pouvoir exécutif dans la sphère législative, il en est d'autres par lesquels il entreprend sur la fonction judiciaire. C'est ainsi qu'en vertu de l'art. 10 du Code d'instruction criminelle, les préfets exercent les fonctions d'officiers de police judiciaire ; c'est ainsi également que les consuls en Extrême-Orient, possèdent certaines attributions juridictionnelles à l'égard des nationaux ;

dans tous ces cas, les actes accomplis par ces diverses autorités relèvent de l'appréciation des autorités judiciaires. C'est également en vertu des mêmes principes que les actes du Président de la République, par lesquels il use de son droit de grâce, ne peuvent être attaqués que devant la juridiction judiciaire. En est-il de même dans la matière de l'extradition ? Tout dernièrement, la question s'est posée devant le Conseil d'Etat, dans une affaire Walbert (1) : il s'agissait en l'espèce d'un recours formé contre une demande d'extradition. Le sieur Walbert soutenait que le Ministre des Affaires étrangères n'avait pu légalement demander au Gouvernement belge de l'extrader, le Conseil esquiva la réponse en rejetant par des moyens de forme la requête. Pour nous, nous n'hésitons pas à déclarer qu'elle devait être rejetée quant au fond. Toute la procédure de l'extradition étant une procédure judiciaire.

Il est toute une catégorie d'actes qui échappent par leur nature à tout recours contentieux ; ces actes, ce sont les actes de Gouvernement. Il est en effet impossible de nier leur existence, gouverner et administrer ne sont point même chose. Administrer, a dit M. Lafferrière (2), c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'adminis-

(1) 22 avril 1904 (Walbert).

(2) *Traité*, p. 32, t. II.

tration centrale ou locale, et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les Chambres ; ceux de l'Etat avec les puissances étrangères. » La loi du 24 mai 1872, dans son art. 26, porte : « Les Ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des Conflits, les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendrait pas au contentieux administratif. » Cet art. 26 reproduit l'art. 47 de la loi du 3 mars 1849, qui avait pour but, comme l'indiquait M. Vivien, de soustraire à l'appréciation de la juridiction administrative certains actes qui étaient justement les actes de Gouvernement. Cette théorie de l'acte de Gouvernement a été également limitée par la jurisprudence, et cela de deux façons : d'une part, en abandonnant la théorie du mobile politique, abandon qui semble bien définitif, et qui était solennellement proclamé il y a peu de temps encore devant le Tribunal des Conflits. D'autre part, en s'attachant au contraire à déterminer les actes de Gouvernement, en prenant comme base la nature de l'acte, on peut à l'heure actuelle, classer les actes de Gouvernement en quatre catégories :

1° Les actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec les Chambres ;

2° Les actes concernant la sûreté intérieure de l'État ;

3° Les faits de guerre ;

4° Les actes diplomatiques.

La doctrine la plus récente tend même à réduire la liste des actes de Gouvernement ; c'est ainsi que M. Teissier, dans son *Traité de la Responsabilité*, refuse ce caractère aux actes concernant la sûreté intérieure de l'Etat et aux faits de guerre, admettant un recours direct contre les premiers, et, voyant dans l'irresponsabilité de l'Etat à raison des seconds, l'application traditionnelle des théories relatives à la force majeure.

Aussi limitée que soit la liste des actes de Gouvernement, il n'en reste pas moins certain que la jurisprudence en consacre l'existence, notamment en ce qui concerne les actes accomplis par le pouvoir exécutif dans ses rapports avec les Gouvernements étrangers. Cette irresponsabilité est générale et absolue ; elle s'applique tout d'abord aux traités diplomatiques ; en second lieu, aux actes mêmes du Ministre des Affaires étrangères, soit qu'il refuse d'agir auprès des Gouvernements étrangers, soit qu'à la suite d'une intervention diplomatique, il effectue la répartition des indemnités qu'il aura réussi à obtenir. Cette irresponsabilité s'applique enfin aux actes mêmes de nos agents diplomatiques (1).

(1) C'est ainsi que par arrêt du 12 février 1904, le Conseil a refusé d'accueillir la demande d'annulation dirigée contre la décision du Ministre par laquelle il confirmait une ordonnance du Consul général de France à Smyrne qui retirait aux requérants le bénéfice de la protection française.

Contre tous ces actes, le recours pour excès de pouvoir est irrecevable, est-ce à dire qu'ils échappent à tout recours ? Sans parler ici de la théorie de M. Aucoc qui veut que les tribunaux judiciaires soient compétents pour apprécier les conséquences de l'acte de Gouvernement et du recours spécial en matière de prises maritimes, il est un recours qui peut être dirigé contre les actes d'exécution, M. Laferrière présente très nettement cette distinction, notamment en matière de faits de guerre. C'est par application de ces principes que la jurisprudence déclarait, dans un arrêt du 22 décembre 1905 « ... que si la décision du 15 octobre 1896 qui a prononcé la saisie des biens du sieur X... constitue un acte souverain, non susceptible de recours par la voie contentieuse, aucune fin de non recevoir ne saurait être opposée à la discussion des faits qui excéderaient l'exécution normale et régulière de ladite décision. » Il n'en reste pas moins acquis que jusqu'à ce jour la jurisprudence du Conseil d'Etat a rejeté tout recours dirigé contre un acte de Gouvernement. Faut-il voir une orientation nouvelle de la jurisprudence dans un arrêt Poujade (1) dont l'importance mérite d'être signalée ? Il s'agissait dans cette affaire d'une demande en indemnité, formée contre l'Etat, pour avoir négligé de soutenir et d'appuyer des réclamations formées par nos nationaux, auprès du

(1) 23 décembre 1904 (Poujade).

Gouvernement ottoman. La demande des requérants est rejetée pour le motif que les questions soulevées par cette partie de leurs réclamations se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain, dans les rapports du Gouvernement français avec les Gouvernements étrangers, et ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse. » Mais la demande d'indemnité formée par les requérants avaient une double base : ils avaient pris également des conclusions tendant à ce que l'Etat soit déclaré responsable du préjudice qu'auraient subi les requérants par la faute du consul de France à Damas. A ces conclusions, l'arrêt ne répond plus par une fin de non recevoir, il statue au fond. « Considérant que les requérants n'établissent pas que le consul de France à Damas ait commis une faute en remettant aux autorités ottomanes le dossier de la succession du sieur Bambino, qu'il estimait, d'après les pièces produites, être sujet ottoman ». Cette deuxième partie de l'arrêt est intéressante ; sans doute, il continue « que dès lors sans qu'il y ait lieu de rechercher si les actes accomplis par les consuls, lors de l'ouverture à l'étranger d'une succession intéressant des Français, sont de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat... » ; mais néanmoins il convient de remarquer qu'on ne retrouve plus la formule sèche de la fin de non recevoir et qu'il peut y avoir là le point de départ d'une évolution jurisprudentielle.

Après avoir examiné les actes qui ne peuvent être attaqués, soit parce que leur auteur n'est pas une autorité administrative, soit au contraire parce que leur nature les soustrait au contrôle juridictionnel ; essayons de montrer, en nous plaçant à un point de vue positif en quelque sorte, ceux qui peuvent valablement être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il faut tout d'abord que l'acte attaqué soit une décision : nous sommes donc amenés à traiter ici du silence gardé par l'administration. Pendant longtemps, en effet, les intéressés se sont trouvés désarmés complètement contre son mauvais vouloir, elle n'avait, en effet, qu'à opposer aux réclamations des intéressés le silence, le préliminaire de tout recours contentieux étant, comme nous l'avons montré, une décision administrative ; en l'absence de cette décision, tout recours était donc impossible. L'évolution s'est accomplie en deux stades. Tout d'abord, en 1864, on a assimilé à un refus le silence gardé par le Ministre pendant quatre mois lorsqu'il était saisi d'une réclamation dirigée contre la décision d'une autorité subordonnée. Le Conseil, par sa jurisprudence, avait limité assez strictement les cas dans lesquels le décret de 1864 trouvait son application, cependant dans deux arrêts (1) il avait admis que le silence gardé par une autorité subordonnée, puis, sur réclamation, le silence gardé

(1) 11 janvier 1866 ; — 6 mars 1869.

pendant quatre mois par le Ministre, autorisait le requérant à se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Bien que cette jurisprudence ne fut pas sans soulever certaines objections, le législateur a aujourd'hui généralisé la mesure du décret de 1864. Depuis la loi du 13 avril 1900, le silence gardé pendant quatre mois par une autorité administrative quelconque, est assimilé à un refus ; partant, la partie lésée peut se pourvoir contre cette décision implicite du rejet.

Lorsque l'administration ne garde pas le silence, elle rend une décision ; toutes les décisions sont-elles susceptibles d'être attaquées ? Certainement, mais il faut cependant qu'elles aient le caractère d'une décision, un simple exposé de prétention, ou une mesure d'instruction ne saurait valablement faire l'objet d'un recours. Cette décision doit en outre faire grief au requérant, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est en effet maintes fois prononcée en ce sens. C'est tout d'abord dans la matière de l'expropriation que la question s'est présentée ; lorsqu'un jugement d'expropriation est intervenu et est passé en force de chose jugée, la requête dirigée contre une décision qui ne peut plus faire grief (en l'espèce la déclaration d'utilité publique), l'expropriation étant consommée, doit être rejetée, le requérant n'ayant plus d'intérêt et son pourvoi étant devenu sans objet. Mais il semble bien que le Conseil exige maintenant que l'expropriation soit non seulement prononcée, mais que le jugement

soit passé en force de chose jugée ; c'est ainsi notamment que, dans un arrêt de 1904, il a accueilli le recours formé contre un refus implicite d'autorisation de construire, écartant les observations du Ministre qui tendaient à ce que le pourvoi fut déclaré sans objet, un décret en date du 2 juillet 1903 ayant déclaré d'utilité publique l'élargissement de la rue en bordure de laquelle se trouvait l'immeuble du requérant.

Pareille question s'est posée en matière disciplinaire. Les décisions administratives par lesquelles se manifeste le pouvoir disciplinaire cessent-elles de pouvoir être attaquées lorsque, par exemple, par suite d'une révocation, le pourvoi ne peut plus aboutir à une annulation utile ; un arrêt du 11 juillet 1902, Jobaud statuait en ce sens. Mais il semble au contraire que, dans son arrêt du 16 décembre 1904 (1), le Conseil soit revenu à une autre interprétation. « Considérant que, nonobstant le décret du 19 juin 1903 portant dissolution de la compagnie des sapeurs-pompiers de Neuilly-sur-Seine, les requérants ont intérêt à faire décider qu'ils ont été, le 9 décembre précédent, irrégulièrement rayés des contrôles, qu'ainsi il y a lieu de statuer sur leur pourvoi. »

Faut-il aller plus loin et exiger que la décision administrative ait un caractère exécutoire ? La question se pose pour toutes les délibérations des assemblées

(1) 16 décembre 1904 (Lapierre et autres).

administratives qui ne deviennent parfaites que lorsqu'elles ont été approuvées par l'autorité supérieure. En 1886, M. Marguerie, dans les conclusions qu'il donnait sous l'arrêt Castex (1), avait soutenu en effet que, tant que la délibération n'avait point été approuvée, elle ne pouvait être valablement attaquée. Si cette thèse avait été sanctionnée par la jurisprudence, elle n'aboutissait à rien moins qu'à rendre à peu près illusoire l'exercice du recours pour excès de pouvoir. Car, d'une part, toutes les délibérations qui devenaient parfaites par l'effet d'une approbation législative, cessaient de pouvoir être attaquées ; d'autre part, l'approbation pouvant intervenir à toute époque, c'était forcer le requérant à se tenir à l'affût si nous osons ainsi dire, de l'acte approbatif ; et ce dernier, faute d'une publicité suffisante, pouvait passer inaperçu. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il, au contraire, adopté une thèse contraire, soutenue dès 1885 par un autre de ses commissaires du Gouvernement (2). Toutes les délibérations, même celles qui ne sont point encore exécutoires, peuvent être valablement attaquées ; elles constituent bien en effet des décisions, au sens juridique du mot (3).

(1) 22 janvier 1886 (Castex).

(2) 24 juillet 1885 (Fabrique de Giménillac).

(3) La jurisprudence est définitivement fixée en ce sens V. Decroix, 1^{er} février 1901 et pour les délibérations des conseils généraux, Martin, 4 août 1905.

Nous devons examiner ici une dernière question ; une mise en demeure constitue-t-elle une décision et est-elle susceptible de recours ? Souvent, en effet, l'administration met en demeure un particulier d'avoir à exécuter telle prescription impérative, sous peine d'exécution par la voie administrative, ou d'autres sanctions ; peut-on, en ce cas, intenter un recours par excès de pouvoir ? Si l'on se reporte à la jurisprudence du Conseil d'Etat, il semble bien que la question doive se solutionner par une distinction. Si la mise en demeure a le caractère comminatoire, si en un mot l'exécution des menaces de l'administration aurait pour effet de placer le particulier dans une situation irréparable, elle peut valablement faire l'objet d'un recours. Si, tout au contraire, la mise en demeure n'a pas ce caractère, elle ne constitue pas une décision pouvant être déférée au Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'art. 149 de la loi municipale prévoit la procédure de l'inscription d'office. « Aucune inscription, porte ce texte, ne peut être opérée sans que le Conseil d'Etat ait été au préalable appelé à prendre une délibération spéciale à ce sujet. » La commune pourra-t-elle intenter un recours contre l'acte, par lequel le préfet va la mettre en demeure d'inscrire le montant de sa dette au budget municipal, ou devra-t-elle attendre l'arrêté d'inscription d'office et se pourvoir contre ce dernier acte. C'est en ce sens que le Conseil s'est prononcé, la mise en demeure

n'ayant pas dans ce cas un caractère comminatoire, ses effets n'étant point irréparables (1).

Lorsque le Ministre, en vertu de la loi du 28 ventôse an VIII, exerce les pouvoirs que possédaient les commissaires de la Trésorerie, d'après les deux lois du 12 vendémiaire et du 13 frimaire an VIII ; c'est-à-dire lorsqu'il prend un arrêté de débet, quelle est la nature exacte de l'acte qu'il accomplit ? L'arrêté de débet, en effet, est suivi d'une contrainte décernée par le Ministre des Finances, « les Ministres ont le droit d'agir contre certains débiteurs de l'Etat, nous dit M. Laferrière, en prenant contre eux des arrêtés de débets qui deviennent des titres exécutoires, en vertu des contraintes délivrées par le Ministre des Finances. » L'arrêté de débet peut-il faire l'objet d'un recours, on ne peut-il être attaqué qu'avec la contrainte ? M. Marguerie, dans les conclusions qu'il donnait sous l'arrêt Bigle (2), montrait clairement l'état de la jurisprudence : « Lorsque vous vous êtes trouvé, disait-il, en présence de décisions ministérielles portant liquidation de créances de l'Etat, dans des cas où le pouvoir de liquider n'appartient pas au Ministre, vous vous êtes bornés souvent à enlever à ces décisions leur force exécutoire, sans en prononcer l'annulation expresse, vous vous êtes bornés à dire que les décisions qui vous étaient délivrées, ne contenaient que l'exposé des

(1) 18 novembre 1887.

(2) 19 février 1886 (Bigle).

prétentions de l'administration qui pouvaient être discutées devant les juridictions compétentes ; vous avez statué dans ce sens par l'arrêt du 24 juin 1881, en enlevant son caractère exécutoire à la décision du Ministre de l'Intérieur constituant l'évêque de Coutances débiteur de l'Etat. Parfois, au contraire, vous avez annulé la décision ministérielle. Par votre arrêt du 23 mars 1877, vous avez annulé la décision du Ministre de l'Intérieur déclarant les sieurs Sadoul et Goulard, débiteurs envers le trésor d'une somme de 4,350 fr. pour avoir touché indûment des indemnités de guerre. »

Si l'on examine attentivement la question, on voit qu'en réalité elle est double ; tout d'abord, quelle est la nature de l'arrêté de débet ? en second lieu, ayant déterminé la nature juridique de l'arrêté de débet, on doit se demander s'il peut être attaqué directement ou bien si, au contraire, la contrainte pourra seule faire valablement l'objet d'un recours.

La liquidation opérée par le Ministre, qu'elle soit positive ou négative, c'est-à-dire qu'elle se traduise en définition par un trop perçu ou un moins perçu, par une dette au compte de l'Etat ou au compte de l'entrepreneur ou du fournisseur, n'a pas toujours le même caractère juridique ; tantôt elle est un simple exposé de prétention, tantôt, au contraire, elle constitue une décision au sens strict du mot (1). Quand le Mi-

(1) Voir LYON, *Matières budgétaires*.

nistre a le droit de prendre un arrêté de débet, et nous savons que la jurisprudence limite strictement les cas dans lesquels il peut agir ainsi, son acte constitue une décision ; si donc le Ministre a mésusé de ses pouvoirs, l'acte qu'il a accompli n'est qu'un exposé de prétention.

Est-ce à dire cependant que l'arrêté de débet, lorsqu'il constitue une décision, puisse être attaqué ? nous ne le pensons pas ; seule la contrainte pourra être valablement déférée au juge des excès de pouvoir. Lorsqu'un acte administratif est la base d'un autre acte et que la première décision n'a qu'un but : préparer la seconde, c'est cette dernière seule qui peut être attaquée ; il y a là une situation semblable à celle qu'on rencontre en procédure, le jugement préparatoire ne pouvant être valablement attaqué ; c'est donc la contrainte seule qui pourra faire l'objet du recours, de même que l'arrêté d'inscription d'office pouvait être seul déféré au Conseil d'État.

DE LA FIN DE NON RECEVOIR TIRÉE DE L'INOBSERVATION DES FORMES ET DÉ- LAIS DU RECOURS.

C'est le décret du 2 novembre 1864 qui, le premier, a soustrait le recours pour excès de pouvoir à la procédure de droit commun. Jusque là, en effet, comme tout recours contentieux, il devait être présenté par un avocat au Conseil. L'art. 1^{er} du décret du 2 novembre porte : « Seront jugés sans autres frais que les droits de timbre et d'enregistrement : 1° Les recours portés devant le Conseil d'État en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790 contre les actes des autorités administratives pour incompétence ou excès de pouvoir. Deux exceptions avaient été apportées à cette règle générale. Tout d'abord, en vertu de la loi du 10 août 1871, les recours formés contre les décisions de la Commission départementale étaient dispensés de tous frais, d'après le texte même de l'art. 88. En second lieu, le Conseil avait étendu au recours pour excès de pouvoir les dispositions de l'art. 58 de la loi du 3 mai 1841, d'après lequel « les actes faits en vertu de la présente loi sont visés pour timbre et enregistrés gratis. »

Tout récemment, la loi du 17 avril 1906 est venue encore faciliter l'exercice du recours, en disposant dans son art. 4 : « Seront enregistrés en débet et jugés sans autres frais que le droit de timbre, les recours portés devant le Conseil d'État, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, contre les actes des autorités administratives, pour incompétence ou excès de pouvoir, les recours contre les décisions portant refus de liquidation ou contre les liquidations de pension. En cas de rejet total ou partiel de la requête, les droits d'enregistrement du recours et de l'arrêt sont dus par le requérant. Il en est de même lorsque l'arrêt constate qu'il y a lieu de statuer, à moins que cette décision ne soit motivée sur le retrait de l'acte attaqué, opéré postérieurement à l'introduction du recours, auxquels cas le requérant n'est tenu de payer aucun droit d'enregistrement. Le pourvoi peut être formé sans l'intermédiaire d'un avocat au Conseil d'État, en se conformant d'ailleurs aux prescriptions de l'art. 1^{er} du décret du 22 juillet 1806. L'art. 1^{er} du décret du 2 novembre 1864 est abrogé. »

Théorie générale du délai. — Le délai du recours pour excès de pouvoir est, en principe, un délai de deux mois. A partir de quelle date va courir ce délai ? L'art. 41 du décret du 22 juillet 1806 est ainsi conçu : « Le recours au Conseil contre la décision d'une autorité qui y ressortit ne sera pas recevable après trois mois du jour où cette décision aura été notifiée. »

C'est donc, à tout prendre, de la notification de la décision que doit courir le délai qui est aujourd'hui, depuis la loi du 13 avril 1900, réduit à deux mois. La jurisprudence du Conseil a interprété ce texte en faisant une distinction entre deux catégories d'actes, les uns, comme les actes réglementaires ou les mesures de police, ne sont pas susceptibles de notification individuelle; le délai, par conséquent, courra pour eux du jour de leur publication, les autres, au contraire, visant des individualités, sont susceptibles de leur être notifiés, partant, pour eux, le délai court de cette notification. Cette jurisprudence qui résultait de nombreux arrêts et qui se trouve très nettement exposée soit dans les conclusions que donnait M. Arrière, en 1893, soit dans l'arrêt du 31 avril 1881, semblait solidement assise, lorsque dans une décision du 9 août 1893 (1), le Conseil s'attachant à l'interprétation stricte du décret du 22 juillet 1806, remplaçait cette distinction par celle qui consiste à diviser les actes administratifs suivant qu'ils sont ou non susceptibles de notification individuelle. « Considérant que d'après l'art. 11 du décret du 22 juillet 1806, c'est du jour de la notification que court le délai du recours au Conseil d'État et qu'il ne peut être fait exception à cette règle qu'à l'égard des actes qui ne sont pas susceptibles de notification. » Par application de cette théorie, le

(1) 9 août 1893 (Chambre syndicale des loueurs de voitures).

Conseil n'hésitait pas à déclarer « que les loueurs de voitures devant, aux termes du décret du 23 mai 1866, faire une déclaration préalablement à la mise en circulation de leurs voitures, sont nécessairement connus de l'administration et qu'ainsi l'arrêté attaqué était susceptible de leur être notifié individuellement. » Le Conseil d'État semble être cependant revenu à sa jurisprudence primitive dans l'arrêt Avéard, du 24 janvier 1902. Cet arrêt est particulièrement intéressant à signaler ; il essaie, en effet, de formuler un critérium ; il semble bien qu'il s'attache non plus à la possibilité ou à l'impossibilité d'une notification, mais à la nature même de l'acte. Les actes qui s'adressent à une généralité, ce sont ceux-là qui doivent être publiés ; ceux qui s'adressent à des individualités doivent être notifiés. C'est ce que traduit M. Hauriou dans une de ces formules dont il est coutumier, en disant (1) : « Sont générales et réglementaires, par conséquent deviennent obligatoires par simple publication, les dispositions administratives qui s'adressent à un public, c'est-à-dire à une collectivité de gens où puisse être légitimement présumée la solidarité de l'avertissement mutuel. » On ne saurait cependant affirmer que la jurisprudence est définitivement fixée en ce sens, car dans deux décisions de 1904, nous voyons reparaître l'ancienne formule : « Considérant que... , cette règle ne saurait

(1) SIREY, 1904, 3, 33.

s'appliquer aux recours formés contre les actes qui ne sont pas susceptibles de notification individuelle et qui sont portés à la connaissance du public par leur insertion au *Bulletin des Lois* ou au *Journal officiel*. » Nous espérons qu'il n'y a pas là un retour en arrière et que la distinction si juridique de l'arrêt de 1902 sera reprise définitivement.

Lorsque les actes administratifs ne sont pas susceptibles d'une notification ou d'une publication, à partir de quand fera-t-on courir le délai. La question s'est posée tout d'abord à l'égard des décisions des conseils de révision, dans cette espèce le Conseil a décidé que le point de départ du délai était le jour même de la séance où la décision avait été rendue. De même également lorsque le recours est intenté par un membre d'une assemblée délibérante contre un acte de l'assemblée dont il fait partie, le recours se compte à partir de la date de la délibération. En un mot, dans tous les cas où soit une notification, soit une publication est impossible, c'est du jour de la décision lorsque la partie est présente ou à défaut de son exécution que le délai doit courir.

Un cas particulier doit être ici examiné : lorsque l'administration aura gardé le silence pendant quatre mois, quel sera le point de départ du délai du recours ? Commencera-t-il à courir à compter de l'expiration des quatre mois. Sur ce point on aurait pu concevoir que le silence de l'administration étant assimilé à un

refus, l'expiration du délai de quatre mois fit courir le délai de deux mois (1). Le Conseil s'est prononcé en sens contraire et avec raison le silence de l'administration, nous l'avons vu, n'est assimilé à un refus qu'afin de permettre aux intéressés de pouvoir intenter un recours, mais il ne faut pas étendre cette assimilation et un refus implicite ne constitue pas une décision au sens juridique du mot.

Telles sont les règles du délai du recours, mais à côté de ces règles qui constituent le droit commun, il est des exceptions que nous devons faire connaître. Tantôt le délai se trouve prorogé, tantôt, au contraire, avant l'expiration des deux mois, l'acte administratif ne peut plus être valablement attaqué.

La première des deux hypothèses se trouve réalisée dans le cas où le recours contentieux a été précédé du recours hiérarchique. Lorsque le requérant, au lieu d'attaquer directement l'acte administratif qui lui fait grief, aura d'abord demandé au Ministre de réformer la décision de son subordonné, par exemple du préfet, est-ce à compter de la décision du Ministre ou à partir de la notification de la décision initiale que l'on doit faire courir le délai. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'Etat a passé par deux phases successives. Sous l'influence des idées qui prédominaient au Conseil

(1) Le Conseil d'Etat semble s'être bien prononcé tout d'abord en ce sens dans un arrêt du 17 juin 1904 (Marchand).

7 août 1905. En sens contraire (Zill-Desilles).

pendant le second Empire, idées qui voulaient voir dans le recours pour excès de pouvoir une soupape de sûreté, la haute juridiction considérant qu'il y avait intérêt à ce que l'excès de pouvoir fut réprimé en tout temps, n'hésita pas à compter le délai à partir de la décision du supérieur hiérarchique ; qu'en résultait-il, ceci : le recours hiérarchique pouvant être intenté à toute époque, il suffisait de mettre en mouvement ce recours pour pouvoir intenter le recours contentieux. Par conséquent, à toute époque d'une façon détournée et par un artifice de procédure, il était loisible à tout requérant de déférer au Conseil la décision du Ministre qu'il pouvait à tout instant provoquer. C'est ce que fit le sieur d'Andigné de Resteau. Ayant vu le 5 juin 1862, la requête qu'il avait formée rejetée comme tardive, il déféra au Ministre l'arrêté préfectoral et après la décision de rejet du Ministre, il revint devant le Conseil d'Etat. Le recours fut déclaré recevable et la décision du préfet fut ainsi annulée, bien que cinq ans en deçà un premier arrêt eut rejeté le même recours.

Cette jurisprudence vraiment trop élastique ne fut pas maintenue. Après la loi de 1872 il y eut un « resserrement » dans la jurisprudence et en 1881, l'arrêt Bansaïs vint formuler à nouveau une règle différente. Le recours pour excès de pouvoir était recevable à une double condition, c'est tout d'abord qu'il ait été formé dans un délai de trois mois (aujourd'hui nous dirions deux mois) à partir de la

décision du Ministre et qu'en outre, le recours hiérarchique ait été lui-même intenté dans le même délai. Cette jurisprudence nouvelle n'a pas été sans soulever de nombreuses objections ; d'une part, M. Aucoc lui a reproché de restreindre arbitrairement le délai du recours pour excès de pouvoir ; en sens inverse, Dalloz a prétendu que même sous cette forme nouvelle elle était encore trop large. Le système de Dalloz, auquel nous nous rallions sans réserve, est, en effet, celui qui sera certainement adopté un jour par la jurisprudence ; il semble bien, en effet, que les idées se soient modifiées en cette matière depuis 1881.

A cette époque, en effet, le supérieur hiérarchique qui prononçait sur le recours formé contre une décision d'un de ses subordonnés, était considéré comme rendant un véritable jugement. C'est ce qu'exprimait non sans quelques hésitations M. le Vavas seur de Précourt lorsqu'il disait (1) : « Nous considérons au contraire la décision du supérieur hiérarchique comme ayant un caractère contentieux ou plutôt un caractère mixte, et plus loin : « Qu'est-ce » en effet que le recours contentieux introduit devant le préfet puis devant le Ministre avec suite devant le Conseil d'Etat, pas autre chose, suivant nous, que le recours même pour excès de pouvoir qui, à raison de sa nature et du respect dû au supérieur hiérarchique, peut être introduit devant le préfet ou le Ministre, qui

(1) 13 avril 1881 (Bansais).

ne sont ici pour ainsi dire que les juges préparatoires de l'excès de pouvoir. »

Maintenant que la jurisprudence a solennellement abandonné la théorie du ministre-juge, la thèse de l'arrêt Bansais ne saurait plus être défendue, une scission complète doit être faite entre le recours administratif et le recours contentieux. C'est donc à compter de la décision initiale que doit courir le délai de recours qui ne saurait être revivifié d'une façon indirecte. C'est en effet la propre jurisprudence du Conseil lui-même lorsqu'il se trouve en présence du recours formé en vertu de l'art. 88 de la loi du 10 août 1871. Le recours de l'art. 88 prévoit deux actions, l'une qui est un appel et qui est portée devant le Conseil général, l'autre qui est un recours pour excès de pouvoir formé contre la décision de la commission départementale ; mais si le requérant intente d'abord l'appel et si postérieurement à la décision intervenue sur son appel il exerce le recours pour excès de pouvoir, le recours administratif ne fait pas revivre le délai du recours contentieux. C'est à partir de la décision initiale que le Conseil fait courir le délai de deux mois. Cette jurisprudence peut aisément s'expliquer ; jamais, en effet, le Conseil n'a songé à considérer la décision du Conseil général comme ayant le caractère d'un acte de juridiction (1).

(1) V. BOITEL DE DREVAL, 29 janvier 1904 et la note en sens contraire ou Lebon.

La théorie que nous adoptons nous permet de résoudre la question posée par M. Laferrière, lorsqu'il se demandait si le recours formé devant un Ministre incompétent pouvait en proroger le délai. La question ne se pose même pas pour nous, et l'embarras qu'éprouvait le savant auteur à la solutionner est bien une preuve de plus à l'encontre de la thèse de l'arrêt Bansaïs. La négative, écrit-il, résulterait d'une stricte application des principes de la procédure. Il est de règle, en effet, que les forclusions et déchéances ne sont pas évitées par un recours formé devant une autorité incompétente, elles diffèrent en cela de la prescription proprement dite, qui peut être interrompue par une citation devant un juge incompétent. N'est-ce pas là une preuve flagrante que nous relevons sous la plume même du savant écrivain d'un vieux reste de la théorie du Ministre-juge, pourquoi faire appel à ces principes de procédure, si le Ministre n'est pas un juge ? Et M. Laferrière recule devant une application stricte du principe qu'il énonce et fait une distinction qui ne peut trouver aucune base ni dans les textes, ni dans les principes.

De même que le délai du recours pour excès de pouvoir peut être prorogé, il peut se trouver parfois réduit et avant même l'expiration des deux mois il est des cas dans lesquels le pourvoi doit être rejeté comme formé tardivement. Ces cas sont ceux que M. Laferrière étudiait en les classant sous cette rubrique « des

cas ou l'acte attaqué est devenu définitif avant l'expiration du délai. » La jurisprudence avait, en effet, sur ce point une théorie fort nette qu'on peut essayer de dégager. Tous les recours dirigés contre des actes qui avaient servi de base à des contrats de droit commun étaient déclarés irrecevables, quelle était donc la raison d'une telle jurisprudence ? M. Laferrière l'explique : l'acte administratif cessait de pouvoir être attaqué (1) « parce que lorsqu'il a été suivi de contrats et de décisions de droit commun qui ont créé des droits acquis, il s'est combiné et uni avec eux, de telle sorte qu'on ne peut plus infirmer l'une sans porter atteinte aux autres. » Etait-ce bien en vertu de la théorie du recours parallèle que la jurisprudence rejetait le recours pour excès de pouvoir ? Non, en effet, car comme nous le montrerons, la plupart du temps ce recours parallèle n'existait même pas. C'était en vertu d'une théorie beaucoup plus générale que cette fin de non-recevoir, véritable forclusion, était appliquée par le Conseil d'Etat. Chaque fois, en effet, que dans une même opération des actes dont le contentieux appartient aux tribunaux judiciaires succèdent à des actes administratifs, c'est devant les tribunaux judiciaires que le requérant doit porter son action. La plus curieuse application de cette théorie générale se trouve en la matière des poursuites exercées par l'administration

(1) *Traité*, p. 469.

des contributions directes. Lorsqu'aux poursuites administratives : sommation sans frais, sommation avec frais ont succédé les poursuites judiciaires, c'est devant les tribunaux judiciaires que l'on doit porter sa réclamation, même si elle est dirigée contre un acte de poursuite administrative, la sommation avec frais par exemple, quitte au tribunal à surseoir à statuer et à renvoyer sous forme de question préjudicielle la contestation aux tribunaux administratifs (1).

Quelles étaient les conséquences de cette jurisprudence. Deux cas sont à considérer successivement, comme l'indique M. Romieu dans ses conclusions. Nous les envisagerons successivement.

1° C'est une des parties contractantes qui forme le pourvoi, dans ce cas, elle devait porter son action devant les tribunaux judiciaires, ceux-ci devaient surseoir à statuer et renvoyer la contestation sous forme de question préjudicielle au juge administratif.

2° Le requérant est étranger au contrat, c'est un tiers qui justifie d'un intérêt direct et personnel. Dans ce cas il n'a à sa disposition aucun recours; en effet, il ne peut porter sa réclamation devant les tribunaux judiciaires; pour voir accueillir sa demande, il devait faire la preuve de la violation d'un droit, et il ne peut justifier que de la lésion d'un simple intérêt. Lorsque la jurisprudence a étendu la notion d'intérêt, tous ceux

(1) LÉCHELLE, 3 décembre 1881.

et ils sont légion, qui pouvaient alors, par suite de ce revirement, se pourvoir devant le Conseil d'Etat, voyaient leur action paralysée dans tous les cas où un contrat de droit commun succédait à un acte administratif. Le Conseil cherchait à faciliter le recours pour excès de pouvoir, il permettait aux contribuables d'exercer un contrôle rigoureux sur toutes les délibérations des autorités administratives, n'était-ce pas aller à l'encontre même du but qu'il se proposait, en appliquant une véritable forclusion aux recours qui auraient dû être le plus particulièrement accueillis, puisqu'ils étaient formés contre des actes qui intéressaient au plus haut chef la vie administrative des collectivités. Sans doute le contribuable avait un moyen, c'était d'user de l'art. 123 de la loi du 5 avril 1884 ; exerçant les droits et actions de la commune, il n'avait qu'à porter la contestation devant les tribunaux judiciaires et à obtenir ainsi d'une façon bien indirecte, l'annulation demandée lorsque le juge administratif statuait sur la question préjudicielle. Mais outre qu'une autorisation était nécessaire dans ce cas, l'art. 123 était d'une application restreinte. Il convenait à la jurisprudence d'élargir et d'étendre le recours en abandonnant cette ancienne forclusion. L'évolution s'est faite en deux stades successifs.

(1) Jurisprudence constante, n. 29 juillet 1887 (Chemin de fer P.-L.-M.).

(2) 4 juillet 1896 (Martinès). V. les arrêts cités par M. Romieu dans ses conclusions. 4 août 1885, (Martin).

Depuis très longtemps, elle admettait le recours d'adjudicataires évincés en matière de marchés de travaux publics ou de fournitures, ils ne pouvaient certes pas porter leur action devant le juge du contrat, mais n'aurait-on pas dû leur refuser d'attaquer cette adjudication devant le Conseil d'Etat, puisqu'un contrat de droit commun avait succédé à l'acte administratif. Sans s'arrêter à cette considération, le Conseil admettait dans tous ces cas le recours par excès de pouvoir. Mais pendant toute une longue période, cette exception a été unique ; lorsque tout récemment la jurisprudence vient d'abandonner définitivement cette forclusion. Cette nouvelle jurisprudence s'est tout d'abord manifestée par deux décisions relatives à des réclamations formées par des communes contre des arrêtés préfectoraux, qui avaient désigné d'office un local pour servir d'école communale. Dans ces deux affaires (1), le Ministre opposait la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un contrat de droit commun, l'arrêté préfectoral ne pouvait donc être attaqué, c'était devant le juge du contrat que l'action devait être portée. Le Conseil rejette expressément cette fin de non recevoir. « Considérant... qu'ainsi les questions soulevées dans la requête susvisée se distinguent de celles relatives à la validité du bail conclu avec le propriétaire de l'immeuble par le délégué du préfet ; que, par suite, le

(1) 11 décembre 1903 (commune de Gorre) ; — 22 avril 1904 (commune de Villiers-sur-Mer) ; — 29 avril 1904 (commune de Mené).

Ministre de l'Intérieur n'est pas fondé à opposer à cette requête une fin de non-recevoir tirée de ce qu'elle tendrait uniquement à faire infirmer un contrat de droit civil de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires. » Dans une autre affaire Martin, sur laquelle nous aurons à revenir longuement dans une autre partie de cette thèse, le requérant attaquait une délibération d'un Conseil général qui avait servi de base à un contrat de concession. La réclamation ne devait-elle pas être également rejetée comme tardive. M. Romieu, dans ses savantes conclusions, discute la question à fond et il est regrettable que le Conseil ait rejeté la requête pour d'autres motifs, sans se prononcer sur la fin de non-recevoir. Mais, dans deux autres arrêts Petit et Camus, le Conseil se prononce au fond sans même en tenir compte dans les deux cas ; en effet, des contrats avaient suivi les actes administratifs attaqués, dans l'un c'était une transaction, dans l'autre un contrat d'échange.

Quelles vont être les conséquences de cette jurisprudence. L'annulation qui frappe l'acte administratif va-t-elle atteindre le contrat, ou, tout au contraire, va-t-il subsister dans les rapports des parties entre elles. C'est en ce dernier sens que l'on doit se prononcer, le juge de l'excès de pouvoir, en effet, n'annule pas le contrat, il se borne à prononcer la nullité de l'acte administratif qui lui sert de base, en sorte que les parties demeurant toujours liées, pourront ou bien

exécuter le contrat dans sa forme et teneur, ou bien, tout au contraire, se basant sur la nullité des actes administratifs qui en constituent le substratum, demander aux tribunaux judiciaires d'en prononcer la résolution.

La sentence du Conseil d'Etat, a-t-on dit, aura simplement un effet platonique. En sera-t-il toujours ainsi ? Il n'est pas difficile de se figurer telle situation juridique dans laquelle au contraire l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir ne sera pas sans entraîner quelques inconvénients. Bien souvent, en effet, au moment où l'acte sera annulé, le contrat sera exécuté, qu'advient-il dans le cas suivant ? La délibération du conseil municipal, qui sert de base à un marché de fournitures, vient à être annulée mais par hypothèse les fournitures ont été livrées, le contribuable qui a obtenu l'annulation de cette dépense illégale ne sera-t-il pas en droit d'exiger qu'aucun crédit ne figure au budget municipal pour la solder et d'autre part, le fournisseur ne pourra-t-il point demander le paiement du prix des marchandises livrées et acceptées ? Sans doute, on peut facilement trouver un moyen de sortir de l'impasse, par exemple, le conseil municipal délibérera à nouveau et évitant que sa nouvelle délibération soit entachée de nullité, il validera ainsi *à posteriori* le contrat, mais néanmoins le problème en soi nous paraît insoluble.

Il est un dernier point que nous devons examiner ici, c'est la question de savoir si la partie se trouve non recevable à attaquer un acte administratif par le motif qu'elle y a acquiescé. Sur ce point M. Laferrière n'hésitait pas à répondre affirmativement, estimant que la partie avait ainsi renoncé à se prévaloir de la nullité dont était entaché cet acte. Pour nous, au contraire, nous nous rallions sans hésiter à la théorie que soutenait Dufour, elle nous paraît péremptoire. Il est en effet impossible de prétendre juridiquement qu'un particulier puisse acquiescer à un acte de puissance publique. En effet, il doit exécuter cet acte qui s'impose à lui par son caractère même; la théorie contraire se ressent trop des influences civilistes; si l'acquiescement est chose possible en droit privé, c'est uniquement parce que l'on se trouve en matière contractuelle, mais en dehors de ce domaine propre on ne peut soutenir qu'une partie a accepté la situation créée par un acte de puissance publique, étant donné qu'elle doit nécessairement s'y soumettre. Il faut remarquer que nous traitons ici de l'acquiescement au point de vue de l'excès de pouvoir, laissant entièrement de côté la question lorsque l'on se trouve dans le domaine du contentieux de pleine juridiction. Cette distinction ne semble pas avoir été faite par M. Laferrière lorsqu'il arrive à traiter ce point spécial, qu'il examine dans le chapitre consacré au contentieux de l'annulation. Après avoir établi qu'en principe l'ac-

quiescement est possible en matière administrative, le savant auteur déclare que cependant « les actes administratifs étant la plupart du temps exécutoires par provision, le fait de s'y soumettre n'implique pas qu'on renonce à les attaquer », et il cite un arrêt du 14 décembre 1853, Simonet, dans lequel il s'agit d'une condamnation en matière de grande voirie, nous ne sommes plus ici dans le domaine de l'excès de pouvoir. Mais il y a mieux, M. Laferrière ajoute, en effet, quelques lignes plus loin : « A plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il s'agit d'un acte de puissance publique qui n'est pas susceptible d'appel et qu'on ne peut attaquer que pour excès de pouvoir ». C'est là toute la thèse que nous soutenons.

DE LA FIN DE NON RECEVOIR TIRÉE DE LA QUALITÉ DE LA PARTIE.

Pour qu'une partie puisse intenter valablement un recours pour excès de pouvoir, elle doit d'abord être capable d'agir en justice suivant les règles du droit commun ; elle doit en second lieu avoir qualité pour exercer un tel recours, c'est-à-dire qu'elle doit légitimer, comme nous le verrons, d'un certain intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué. La première des conditions est donc une condition générale, elle s'applique à l'exercice de toutes les actions ; la seconde est, au contraire, spéciale et propre à notre recours. Nous n'avons rien à dire sur la capacité que tout requérant doit posséder ; la question s'est pourtant posée d'une façon particulière, en ce qui concerne les syndicats professionnels. Au lendemain même de la loi du 21 mars 1884, deux opinions ont été soutenues. La première qui se trouve exposée dans une consultation de M. Waldeck-Rousseau ne reconnaît au syndicat que le droit d'exercer les actions qui, n'étant pas dans le commerce, ne peuvent être exercées par les syndiqués ; un tel système n'aboutit donc à rien moins qu'à dénier au syndicat le droit d'intervenir pour défendre les intérêts collectifs de la profession,

l'action syndicale ne peut, en d'autres termes, se cumuler avec l'action des syndiqués. La deuxième opinion, au contraire, interprète d'une façon large et extensive le droit du syndicat en lui reconnaissant le pouvoir d'agir en justice, notamment pour défendre les intérêts collectifs de la profession ; le lui refuser, ne serait-ce pas aller à l'encontre du but même que s'était proposé le législateur, dans la loi du 21 mars 1884 ? C'est cette deuxième thèse qui a été adoptée par la jurisprudence, tant des tribunaux judiciaires que des tribunaux administratifs. Mais si les deux juridictions ont reconnu aux syndicats le droit d'agir en justice lorsque l'intérêt collectif de la profession était en jeu, elles l'ont par contre strictement limité à ce cas spécial, leur déniaut le droit de représenter les intérêts individuels des syndiqués. Il y a donc une distinction très nette à faire entre l'action syndicale qui peut être intentée par le syndicat pour la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles de la profession, et l'action industrielle qui ne peut être exercée que par les membres agissant *ut singuli*, ou par le syndicat, s'il agit comme mandataire de ces derniers. C'est cette distinction qui a été faite par la jurisprudence des tribunaux administratifs ; c'est ainsi notamment que le Conseil a toujours admis les syndicats professionnels à lui déférer les actes illégaux qui réglementaient l'exercice de la profession de leurs membres.

C'est même en cette espèce qu'il a eu tout d'abord à statuer lorsqu'il fut saisi en 1887 d'un recours formé par le syndicat des propriétaires de bains contre l'arrêté du préfet de police qui réglementait l'exercice de la profession. Par arrêt du 27 mars, leur action fut déclarée recevable. Depuis cette date, la jurisprudence a été constante, c'est ainsi que, successivement, ont été admis les recours formés par les bouchers de Bolbec, 3 juin 1892 ; par la chambre syndicale des entrepreneurs de la ville de Paris, 21 mars 1890 ; par la chambre syndicale des entrepreneurs de voitures de place, 9 août 1893. Enfin faut-il citer tous les arrêts rendus sur les divers pourvois formés par la chambre syndicale des propriétés immobilières de la ville de Paris, dans les affaires du tout à l'égout. Par contre, par arrêt du 29 juin 1900, le Conseil a dénié le droit à un syndicat agricole de se pourvoir contre un décret déclaratif d'utilité publique, par ce motif péremptoire « que si en vertu des art. 3 et 6 combinés de la loi du 21 mars 1884, les syndicats professionnels ont pour objet la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles et s'ils peuvent agir en justice dans le cas où les actes qui rentrent dans l'exercice de leur mission donnent lieu à des contestations, le syndicat agricole d'Herblay ne justifie pas avoir un intérêt de nature à lui donner qualité pour former contre ce décret un recours pour excès de pouvoir. »

Plus récemment encore, à l'occasion de la loi du 13 juillet 1906, le Conseil a eu à affirmer une fois de plus ces principes : c'est ainsi qu'il a rejeté le pourvoi formé par un syndicat contre un arrêté préfectoral, rejetant une demande de dérogation, par un arrêt du 28 décembre 1906 où nous lisons : « Considérant d'autre part que s'il appartient aux syndicats professionnels de prendre, en leur propre nom, la défense des intérêts dont ils sont chargés, aux termes de l'art. 3 de la loi du 21 mars 1884, ils ne peuvent intervenir au nom d'intérêts particuliers, sans y être autorisés par un mandat spécial. » Telles sont les règles générales relatives à la capacité des parties. Abordons l'étude de celles qui sont propres au recours pour excès de pouvoir lorsqu'elles veulent ester en justice.

Le Contentieux administratif est généralement divisé en contentieux de pleine juridiction et en contentieux de l'annulation ; le premier reposant sur la violation d'un droit, le second sur la lésion d'un simple intérêt. Cette division du contentieux est peut-être une division arbitraire, car si l'on définit le droit, l'intérêt sanctionné par la loi, il semble que le criterium proposé manque par sa base elle-même ; la distinction du droit et de l'intérêt est en effet essentiellement fragile et ne répond plus à la nature des choses. Aussi a-t-on cherché à établir que le contentieux dans son ensemble reposait sur la violation

d'un droit subjectif, droit à la compétence, droit aux formes, etc. C'est la thèse soutenue par M. Barthélemy (1) ; c'est en ce sens également que se prononce M. Artur (2), lorsqu'il essaie de démontrer que dans tous les cas, le requérant invoque la violation d'un droit. Dans cette théorie, la distinction des deux contentieux repose sur la différence qui existe dans les pouvoirs du juge, cette distinction serait donc formelle plutôt que réelle, suivant que le juge réforme ou annule, ou est en présence d'un contentieux de pleine juridiction, ou d'un contentieux d'annulation. Une telle thèse nous semble difficilement soutenable aujourd'hui, étant donné l'extension qu'a pris, dans la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat, le recours pour excès de pouvoir ; la différence entre les deux recours est tout autre elle a été très nettement indiquée par M. Duguit (3). Le recours de plein contentieux repose sur la violation d'un droit subjectif ; le recours pour excès de pouvoir, au contraire, est un recours par lequel le requérant demande au juge d'annuler un acte administratif, fait en violation du droit objectif. « Avec cette notion de la juridiction objective, toute la théorie du recours pour excès de pouvoir devient lumineuse. L'individu qui le forme n'invoque aucun droit et n'a besoin d'en invoquer

(1) *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés.*

(2) *Articles de la Revue de droit public.*

(3) *Droit constitutionnel*, p. 259.

aucun, il vit dans un pays où est reconnu le principe de légalité ; et par conséquent, il a le pouvoir de provoquer la censure juridictionnelle de tout acte fait par l'autorité publique en violation de la loi. Toutefois, pour qu'il n'y ait pas abus dans l'exercice de ce recours, la jurisprudence exige que le requérant ait un intérêt spécial à le former. » Pendant longtemps la jurisprudence a eu, en cette matière, une théorie célèbre, que nous examinerons d'abord, théorie en vertu de laquelle, seuls ceux qui justifiaient d'un intérêt direct et personnel, avaient le droit d'intenter un recours. Puis, nous montrerons l'influence qu'a eu sur notre recours la voie de nullité, prévue par les art. 65 et 66 de la loi du 5 avril 1884. Enfin, dans une troisième section, nous exposerons comment le recours pour excès de pouvoir s'est transformé et comment il est devenu un véritable recours objectif.

*
* *

Pendant très longtemps la jurisprudence a fait une distinction fondamentale, étant donné le point de vue auquel nous nous plaçons, entre les différents chefs du recours pour excès de pouvoir. Elle distinguait suivant que l'acte administratif était attaqué pour violation de loi, ou au contraire pour incompétence, vice de forme, ou détournement de pouvoir.

Lorsque l'acte administratif était attaqué pour

violation de la loi, la jurisprudence exigeait qu'un droit acquis fut en même temps violé. Il s'agit ici de bien préciser cette condition de violation du droit acquis, comment faut-il l'envisager ? Est-ce une condition de fond, ou une condition de recevabilité ? M. Laferrière se prononce dans le premier sens (1). « Il ne faut pas voir là une simple différence dans les conditions de recevabilité du recours, une dérogation à la règle d'après laquelle un intérêt direct et personnel suffit pour donner qualité à celui qui forme un recours pour excès de pouvoir ; non, ce qui est en jeu, c'est la nature même du moyen d'annulation, lequel n'admet la violation de la loi que si elle est caractérisée et aggravée par la violation du droit. »

Nous croyons, au contraire, avec M. Hauriou, qu'il y avait là une condition supplémentaire de recevabilité. Historiquement c'est la seule explication logique. En effet, le recours pour excès de pouvoir du chef de la violation de la loi, est cet ancien recours que l'on appelait, en 1864, le recours contentieux et qui a été assimilé au recours pour excès de pouvoir à cette même époque, pour le faire profiter de la dispense d'avocat accordée par le décret de 1864. Mais, même après cette date, il avait conservé son caractère de recours « subjectif » égaré dans l'objectif. Certaines exceptions avaient été apportées à cette règle. C'est

(1) p. 594.

ainsi, par exemple, que l'art. 88 de la loi du 10 août 1871 prévoyait contre certaines délibérations de la commission départementale, un recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi qui était ouvert aux intéressés. De même, la loi du 5 avril 1884 permettait aux seules parties intéressées d'intenter, en vertu des art. 65 et 66, un recours contre les délibérations nulles de droit, c'est-à-dire notamment contre celles qui étaient prises en violation de la loi (1), ou d'un règlement d'administration publique.

En ce qui concerne les trois autres chefs du recours pour excès de pouvoir, le Conseil exigeait chez celui qui l'intentait un intérêt direct et personnel. « L'intérêt doit être direct et personnel, écrivait M. Laferrière ; il ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité : un tel intérêt peut suffire pour inspirer une pétition aux pouvoirs publics, mais non pour justifier une action devant une juridiction contentieuse ; cette action ne peut se fonder que sur les intérêts propres du réclamant, car les intérêts généraux ont des représentants investis d'un caractère public auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer ». A prendre cette thèse à la lettre, le recours pour excès de pouvoir était en réalité un recours subjectif ; en

(1) 2 juillet 1820 (Bibéron).

effet, on aurait pu montrer sans trop d'efforts que la réclamation du prétendu intéressé reposait presque toujours sur la violation d'un droit, qui était, la plupart du temps, le droit de propriété. Seuls tout d'abord, ceux qui avaient un intérêt personnel, c'est-à-dire ceux qui étaient nominativement désignés dans un acte administratif, pouvaient se pourvoir. C'est ainsi qu'on admettait le recours du propriétaire contre l'arrêté du maire ordonnant la démolition de sa maison, les recours dirigés contre les permissions de voirie, les autorisations de bâtir, etc. Mais il y avait eu déjà une déviation de la théorie, puisque le recours du membre d'un groupe pouvait se pourvoir contre la décision portant préjudice au groupe tout entier, c'est ainsi que l'habitant d'une section de commune, certains riverains d'une voie publique avaient vu leurs recours déclarés recevables, c'est ainsi également que le Conseil avait accueilli le recours formé par des propriétaires ou des aubergistes voisins d'un champ de foire, contre l'acte de l'autorité qui déplaçait le marché. Néanmoins, la jurisprudence n'avait pas été plus loin, elle éliminait le contribuable, l'électeur, l'habitant, en un mot, tous ceux dont l'intérêt était celui non d'un groupe mais d'une collectivité administrative organisée.

C'est grâce à l'extension donnée par la jurisprudence au recours prévu par les art. 65 et 66 de la loi du 6 avril 1884 que le recours pour excès de pouvoir

s'est développé. Nous devons donc faire connaître d'abord comment la jurisprudence a été amenée à étendre la notion d'intérêt dans la voie de nullité dirigée contre les délibérations des conseils municipaux, il nous restera à montrer comment ensuite cette transformation accomplie, elle a transporté de toutes pièces la théorie qu'elle avait lentement élaborée d'un recours en la forme de l'excès de pouvoir au recours pour excès de pouvoir lui-même.

Les art. 65 et 66 de la loi du 5 avril 1884 organisent un recours spécial contre les délibérations des conseils municipaux, ce recours présente deux stades successifs dans sa procédure. Au premier degré il est formé devant le préfet qui statue en Conseil de préfecture, au second degré c'est un recours contentieux qui est porté devant le Conseil d'Etat en la forme du recours pour excès de pouvoir. Il convient donc de bien préciser la différence entre ces deux recours. Tandis qu'en effet, la nullité édictée par la loi de 1884 est une nullité de plein droit que le juge constate, la nullité est au contraire prononcée par le juge de l'excès de pouvoir. La voie de nullité de la loi de 1884 est plus largement ouverte que le recours pour excès de pouvoir, même en cas de violation de la loi il suffit d'un simple intérêt pour pouvoir l'intenter. Enfin et surtout la liberté d'appréciation du juge est pleine et entière, il statue *ex æquo et bono*, sans être enfermé dans les limites strictes de l'excès

de pouvoir. Cette voie de nullité des art. 65 et 66 s'applique à deux catégories de délibérations, les unes sont nulles de droit, les autres sont simplement annulables, le premier cas est prévu par l'art. 65, l'autre par l'art. 66. Il existe entre ces deux textes une différence de rédaction remarquable, ils s'expriment ainsi :

ART. 65. — La nullité de droit est déclarée par le préfet en Conseil de préfecture. Elle peut être prononcée par le préfet, et proposée ou opposée par les parties intéressées à toute époque.

ART. 66. — L'annulation est prononcée par le préfet... Elle peut aussi être demandée par toute personne intéressée et par tout contribuable de la commune.

M. Marguerie, dans les conclusions qu'il donnait dans l'arrêt Castex, en 1886, essayait d'en fournir une explication.

« Il est facile, disait-il, de relever la différence qui existe entre les deux cas d'annulation prévus par les art. 63 et 65 d'une part, et par les art. 64 et 66 d'autre part. Les art. 63 et 65 sont relatifs aux nullités de plein droit, c'est-à-dire à celles qui entachent des délibérations prises par un conseil municipal sur un objet étranger à ses attributions, ou en violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique.

Les art. 64 et 66 prévoient des délibérations simplement annulables, c'est-à-dire celles auxquelles auraient

pris part des membres du conseil municipal intéressés soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

Pour les premières, le recours n'est ouvert qu'aux parties intéressées ; pour les autres, le recours appartient aux parties intéressées et aux simples contribuables de la commune.

Pourquoi cette différence ? Pourquoi avoir plus largement étendu le recours contre les délibérations annulables ? Le législateur a craint certaines collusions qui auraient pu se produire. Voilà un conseil municipal qui passe un traité au nom de la commune ; ce traité est voté par des conseillers intéressés dans le sens de l'art. 64.

Dans l'espèce, quelles seront les parties intéressées à en demander l'annulation ?

La commune d'abord, mais elle est représentée par le conseil municipal qui a participé à l'acte.

Le bénéficiaire du traité ensuite. Dès lors, si on n'avait ouvert le recours en annulation qu'aux parties intéressées, il eut été à peu près certain que l'attention du préfet n'aurait pas été appelée sur l'acte passé par la commune. C'est pour cela que le législateur a cru nécessaire d'armer les tiers, simples contribuables, du droit de réclamation devant le préfet » (1).

A cette explication des articles 65 et 66, les objections n'avaient pas manqué. Tout d'abord ne pouvait-

(1) CASTEX, 1886.

on pas dire, en renversant l'argumentation de M. Marguerie, que si l'art. 65 parlait simplement des parties intéressées, c'était qu'à *fortiori* le contribuable était considéré comme une de ces parties. En effet, quelle était la conséquence d'une telle interprétation. Elle était la suivante : c'est qu'en définitive, lorsque l'on se trouvait en présence d'une délibération nulle de droit, c'est-à-dire d'une délibération entachée d'un vice mortel, si nous osons ainsi dire, nullité qui pouvait être opposée ou proposée à toute époque, le Conseil cherchait à restreindre le nombre de ceux qui pouvaient se pourvoir.

Au contraire, s'agissait-il d'une délibération annulable, c'est-à-dire d'une délibération entachée d'un vice vénial ; d'une délibération qui ne pouvait être attaquée que dans un délai fort court, puisqu'il est fixé à quinze jours, et qui, passé ce délai, voyait le vice dont elle était entachée, disparaître par ce seul fait et devenir définitive ; la jurisprudence, au contraire, cherchait à élargir la voie de recours. N'était-ce pas aller directement à l'encontre du but même de la loi ? Sans doute, l'art. 66 mentionne le contribuable mais ne doit-il pas toujours être rangé au nombre des intéressés ? Si l'on examine, en effet, l'esprit de la loi de 1884, on voit qu'elle considère le contribuable, comme étant au plus haut chef intéressé à la bonne gestion des affaires communales ; puisqu'elle lui permet d'exercer, en vertu de l'art. 123, les droits et actions de la

commune. Il est vrai que le contribuable, dans ce cas, doit être autorisé, mais l'existence de cette formalité administrative, dont le seul but est de sauvegarder les droits de la commune, ne diminue en rien la force de notre raisonnement. Bien plus, en vertu de ce même art. 123, le contribuable va pouvoir faire déclarer la nullité des délibérations du conseil municipal. Et cette annulation qu'il ne pouvait obtenir directement, il va pouvoir, en exerçant les droits et actions de la commune, arriver à la faire prononcer par le juge.

Indépendamment du premier argument qu'elle faisait valoir et qui consistait à dénier, en se basant sur la différence de rédaction des deux articles de la loi municipale, la qualité d'intéressé au contribuable (1).

Elle écartait également son recours en se basant sur la théorie du recours parallèle ; pour faire tomber l'acte illégal, le contribuable n'avait qu'à s'adresser au juge de l'impôt. Lorsque l'arrêt Merlin (1) eut montré clairement l'inexistence du recours parallèle en la matière, la jurisprudence se trouva réduite à invoquer uniquement le premier argument, celui tiré de la différence de rédaction entre les textes, aussi fut-elle conviée à abandonner son interprétation ou plutôt, suivant nous, à la modifier, ce fut l'œuvre d'un arrêt célèbre, arrêt Casanova qui intervint à la date du 29 mars 1901. Le recours du contribuable se trouve

(1) 29 juin 1900 (Merlin).

(2) 29 mars 1901 (Casanova).

accueilli par le considérant suivant : « Considérant que la délibération attaquée a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune d'Olmeto ; que les requérants contribuables dans cette commune ont intérêt dans cette qualité à faire déclarer cette délibération nulle de droit et qu'ils sont ainsi parties intéressées dans le sens de l'art. 65 de la loi du 5 avril 1884 ». Au lendemain même de cet arrêt, une partie de la doctrine prétendit que la différence de rédaction entre les deux articles était supprimée, le contribuable, en sa seule qualité de contribuable, se trouvait désormais partie intéressée et pouvait se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Cette opinion, qui se trouve notamment exposée dans l'examen doctrinal de la *Revue Critique*, ne nous paraît pas exacte ; l'œuvre de l'arrêt Casanova est sans doute fort importante et sa portée considérable, mais l'interpréter ainsi nous paraît être une erreur. Pour nous, la différence entre les deux art. 65 et 66 subsiste entière et la raison que M. Marguerie essayait d'en donner est encore la seule que l'on puisse fournir aujourd'hui.

Seulement, au cas où la délibération du conseil municipal se traduit par une inscription au budget communal, le contribuable est considéré comme un intéressé aux yeux de l'art. 65. Dans tous les autres cas, son recours doit être rejeté. Sans doute, et nous avons dit pourquoi, il arrivera que poussée par la logique des choses, la jurisprudence, par des motifs

identiques à ceux qui ont inspiré le législateur dans l'art. 123, assimilera le contribuable à un intéressé en sa seule qualité de contribuable. Il semble même que cette extension soit en voie de réalisation. Un pas nouveau a été fait par la jurisprudence. Elle a considéré le contribuable comme un intéressé chaque fois que la délibération était relative au patrimoine communal (1), et lui a permis d'intenter la voie de nullité de l'art. 65. Cette nouvelle application de la jurisprudence mérite d'être signalée, car il nous paraît impossible de l'expliquer autrement si ce n'est en faisant appel à l'art. 123. Intéressé aux yeux même du législateur à la bonne gestion des affaires communales, c'est avec juste raison que la jurisprudence l'a considéré comme qualifié à intervenir chaque fois que la bonne gestion du patrimoine communal était en jeu.

Telle est donc l'évolution subie par la jurisprudence dans la matière des recours des art. 65 et 66 de la loi du 5 avril 1884.

Voyons maintenant comment dans le domaine propre de l'excès de pouvoir la notion de l'intérêt s'est transformée et comment tout d'abord la question de recevabilité a été unifiée.

*
* *
*

Nous avons vu en effet que pendant longtemps les conditions de recevabilité du recours pour excès de

(1) 18 mars 1904, Galliès ; — 29 décembre 1905 (Petit).

pouvoir n'étaient pas les mêmes, lorsque le grief invoqué était la violation de la loi, le requérant devait justifier d'un droit acquis, la jurisprudence n'ayant assimilé que pour partie à l'excès de pouvoir l'ancien recours contentieux. Ne s'en tenant plus à la condition stricte de l'intérêt direct et personnel, il était donc logique que la jurisprudence abandonnât cette condition du droit acquis ouvrant ainsi largement la voie de l'excès de pouvoir, par l'unification même de la condition de recevabilité. Le premier arrêt que l'on puisse invoquer en ce sens est un arrêt Nolet, du 1^{er} février 1901. Il s'agissait dans cette affaire d'une délimitation du rivage de la mer, délimitation qui était arguée d'illégalité, mais, et c'est ici le point important, cette délimitation fixait la limite séparative du domaine public et du domaine privé de l'Etat, les sieurs Nolet et autres qui avaient intenté le recours ne se trouvaient point riverains du domaine public (1).

Ils n'avaient donc par conséquent aucun droit acquis (qu'on envisage la théorie du droit acquis comme une condition de recevabilité ou comme une condition de fonds) les visas s'expriment en effet ainsi : « Ce faire attendu que les requérants ont un intérêt personnel qui les rend recevables à poursuivre l'annulation du décret précité, celui-ci faisant tomber dans le domaine privé de l'Etat une fraction de la plage,

(1) 1^{er} février (Nolet) ; — 22 mars 1904 (Nathan).

située entre leurs propriétés et la mer, ce qui permettra à l'administration d'y faire des concessions. Le Ministre opposait justement cette fin de non recevoir « que le décret de délimitation ne s'inspire que de l'intérêt de l'Etat non d'un intérêt privé quelconque et que les requérants ne peuvent le critiquer puisque sans toucher à leurs propriétés, il ne fait que poser les limites respectives du domaine public de l'Etat et de son domaine privé. Le Conseil a statué en ces termes : « Sur les fins de non recevoir soulevées par le Ministre de la marine. Considérant que les requérants sont propriétaires d'habitations situées sur le bord de la mer ; qu'ils pourraient être privés des avantages inhérents à la situation actuelle de leurs immeubles, si le décret attaqué était maintenu ; qu'ainsi, ils ont intérêt et sont recevables à contester sa régularité. »

Le Conseil a, quelques années plus tard, persévéré dans cette jurisprudence dans un cas à un peu près semblable. Une dame Nathan (1) demandait l'annulation de la mise en vente d'un terrain sis à Etretat. La question de recevabilité ne fut même pas soulevée, la requête fut examinée au fond.

On peut également citer dans une autre matière certains monuments de la jurisprudence qui montrent clairement l'abandon de la théorie du droit acquis ; nous voulons parler des recours formés par les candi-

(1) 22 mars 1904 (Nathan).

dates ou par des fonctionnaires. La fin de non recevoir était nettement invoquée dans l'arrêt du 9 août 1893, le Conseil rejetait le pourvoi formé par un sieur Jaubert de la Mothe contre une décision du préfet de la Seine ne le nommant pas répartiteur adjoint. Elle se trouve au contraire abandonnée dans une autre décision Legrain, 21 juin 1895, où la requête d'un candidat au concours d'agrégation est examinée au fond. Enfin, tout récemment dans les arrêts Lot et Molinier, la jurisprudence confirme l'unification des conditions de recevabilité. La théorie du droit acquis, on peut l'affirmer, a définitivement vécu.

L'abandon de l'ancienne condition supplémentaire de recevabilité n'est pas le seul trait caractéristique de l'évolution jurisprudentielle, elle s'est manifestée par une extension considérable de la notion d'intérêt qu'il nous faut maintenant décrire.

DU RECOURS DU CONTRIBUABLE

Nous avons vu comment le contribuable avait été considéré comme un intéressé aux yeux de l'art. 65 de la loi de 1884, il restait à transporter cette nouvelle conception dans la matière de l'excès de pouvoir, c'est là l'œuvre de l'arrêt Camus (1). Les circonstances dans lesquelles est intervenu cet arrêt sont vraiment trop curieuses pour que nous ne les rapportions pas.

(1) 6 avril 1906 (Camus).

Il s'agissait d'un recours formé contre une délibération d'un conseil municipal, mais d'un conseil municipal particulier, celui de la ville de Paris. Une première question se posait : quel était le recours qui pouvait être intenté ? Ce n'était point à coup sûr la voie de nullité prévue par les art. 65 et 66, la loi du 5 avril 1884 n'étant pas applicable à la ville de Paris, ce ne pouvait être, par conséquent, que le recours général prévu par la loi du 24 mai 1872. Ce recours admis, on a transporté d'un seul bloc toute la jurisprudence relative à l'intérêt qui s'était lentement élaboré dans le recours voisin des art. 65 et 66. Il s'agissait, en effet, d'un recours contre une délibération d'un conseil municipal et il eut été peu logique de considérer le contribuable de Bordeaux comme ayant qualité pour intenter un recours, tandis que celui de Paris aurait vu le sien rejeté comme manquant de base faute d'un intérêt suffisant. Remarquons-le, de plus, l'assimilation est complète, puisque l'arrêt Camus, vise une délibération relative au patrimoine communal, l'extension a donc été absolue.

On voit tout de suite les conséquences de cet arrêt, le contribuable étant un intéressé, fatalement le recours va s'élargir encore. Qui, en définitive n'est pas contribuable en France ? Certes, nous n'en sommes pas encore au moment où le Conseil admettra qu'il suffit de payer une contribution, si minime soit-elle, pour attaquer tous les actes administratifs, ce serait bien là

l'action populaire type, mais dans un avenir prochain le contribuable sera admis à recourir contre les délibérations des conseils généraux, qui engageront une dépense illégale ou qui auront trait à la gestion du patrimoine départemental. Là encore, le Conseil sera sollicité et il trouvera ainsi le moyen de prendre en mains d'une façon indirecte la tutelle du département comme il a pris celle de la commune. Aucune assemblée ne pourra plus commettre la moindre illégalité, se traduisant d'une façon directe ou indirecte par une dépense sans qu'immédiatement les ligues de contribuables ne viennent en solliciter l'annulation.

RECOURS DE L'HABITANT

En admettant le recours du contribuable, la jurisprudence a franchi un pas immense, il reste pour elle à admettre le recours de l'habitant si tant est que déjà en cette qualité, un requérant ne soit pas recevable à intenter le recours. La question du recours de l'habitant est essentiellement complexe, car il peut être cité dans le sens de la recevabilité ou de la non-recevabilité des arrêts qui paraissent également concluants. La question est complexe, disons-nous, parce que justement la qualité d'habitant est généralement cumulée avec celle de contribuable ou de propriétaire, il faudrait, par conséquent, supposer un recours intenté par un hospitalisé ou par une personne logeant chez un

tiers et n'acquittant aucun impôt, remarquons-le tout de suite, la question ne s'est jamais présentée. Cependant, comme nous le verrons, il semble bien que la seule qualité d'habitant ait été quelquefois invoquée et que ce soit bien elle qui ait été prise en considération par le Conseil, lorsqu'il s'est livré à l'examen même du recours.

Tout d'abord, les habitants sont recevables en tant que tels à attaquer les règlements de police ; en effet, pouvant être poursuivis devant le juge répressif, au cas où ils auraient commis une infraction, ils doivent pouvoir attaquer directement cet acte illégal ; ce n'est là d'ailleurs qu'une application d'une jurisprudence constante. Mais en dehors de ces cas, l'habitant est-il recevable à intenter un recours pour excès de pouvoir ? Nous le pensons et nous croyons, contrairement à une opinion exprimée, qu'il est des arrêts du Conseil d'Etat qu'on peut invoquer en ce sens. C'est ainsi, en effet, que si l'on peut citer de nombreux arrêts rejetant le recours de l'habitant par des motifs fort nets, comme par exemple l'arrêt du 8 août 1873, Dulucq ou celui du 12 juillet 1860, Bagne et Argille, ou enfin celui du 7 juillet 1885. Il en est qui semblent, au contraire, l'admettre. Tout d'abord, on peut citer un vieil arrêt du 15 mai 1869, commune de Petite-Scynthe, qui est généralement invoqué en sens contraire ; nous croyons, quant à nous, que les faits de la cause démontrent surabondamment le bien fondé de notre thèse. Confor-

mément à l'art. 152 de la loi du 28 avril 1816, une loi du 2 février 1850 avait réuni à la ville de Dunkerque une partie du territoire de la commune de Petite-Scynthe. Postérieurement, un décret du 28 décembre 1859 avait approuvé le nouveau tarif d'octroi sans consulter le conseil municipal de la commune, dont le territoire était ainsi englobé dans le périmètre de l'octroi. Le décret était donc entaché d'illégalité. Plusieurs habitants de la commune se pourvurent alors devant le Conseil, alléguant que les prescriptions du décret du 17 mai 1809 n'avaient point été observées. Leur recours fut rejeté, mais si l'on se reporte à l'arrêt lui-même et surtout aux conclusions du commissaire du Gouvernement, on voit clairement que le Conseil faisait une distinction ; les uns étaient déclarés non-recevables à attaquer le décret portant règlement de l'octroi, parce que justement ils n'habitaient pas le territoire englobé dans le nouveau périmètre ; les autres, au contraire, virent leur recours rejeté comme tardif. C'est bien ce que disait M. de Belbœuf, lorsqu'il s'exprimait de la sorte. « Or, parmi les requérants, il n'y en a que deux qui habitent la partie du territoire de la commune de Petite-Scynthe, irrégulièrement comprise dans le périmètre de perception. Seuls ces deux recevables exploitent dans la portion du territoire dont il s'agit, des débits de boisson à raison desquels ils ont été atteints par application du règlement de l'octroi ; seuls, ils auraient eu qualité pour

demander avant toute exécution la réformation du décret attaqué. » C'était donc déclarer nettement recevable le recours de l'habitant.

On peut citer en second lieu, un arrêt du 13 juillet 1892, Samuel, qui admet la recevabilité du recours d'habitants d'une section de commune contre une décision préfectorale, transférant les archives communales de cette section à une autre. On objecte qu'en l'espèce, il n'y a là qu'une application de la théorie de l'intérêt direct et personnel entendue dans son sens large nous n'y contredisons pas; mais il peut être intéressant de le constater, car il semble bien que la jurisprudence à l'origine n'ait point considéré l'habitant comme ayant par cette seule qualité un intérêt direct et personnel.

Il semble enfin que l'arrêt du 27 mars 1896 soit encore plus concluant, puisqu'il s'agissait d'un recours formé par des habitants contre le décret qui changeait le nom de cette commune. Il semble bien que la question de recevabilité ne fut pas même soulevée et c'est au fond que le Conseil statua. Cet arrêt, dont l'importance n'avait pas échappé à M. Hauriou, nous paraît tout à fait significatif. En effet, on aurait pu rejeter le recours des habitants, en se basant sur ce que la commune seule avait en définitive intérêt; il nous semble donc impossible de dire qu'en ce cas également, il n'y a qu'une extension de l'ancienne théorie de l'intérêt direct et personnel. Nous espé-

rons, quant à nous, que l'arrêt Binot Villiers sera le point de départ de toute une jurisprudence qui consacra pleinement le recours de l'habitant; leur permettra de critiquer un décret du changement de nom, c'est en effet admettre implicitement le droit pour l'habitant d'attaquer tous les actes illégaux de l'administration. Ce serait d'un seul coup la transformation complète et absolue du recours pour excès de pouvoir. Si, en effet, le Conseil d'Etat a étendu la notion de l'intérêt, sa jurisprudence se rattache encore par certains côtés à l'ancienne conception qu'il en avait, le recours du contribuable est en tout point comparable au recours du membre du groupe ou de la collectivité, mais si l'on peut expliquer de la même façon l'arrêt Samuel, il nous semble inexact de prétendre qu'il n'y ait pas eu un pas franchi dans l'arrêt Binot-Villiers, c'est le type du recours populaire qui avait été rejeté le 17 juin 1881 (1).

RECOURS DE L'ÉLECTEUR.

Il convient de rapprocher de la situation de l'habitant, celle de l'électeur qui est toute voisine. Il faut se garder ici de confondre deux catégories de recours qui peuvent appartenir à l'électeur. C'est même une distinction sur laquelle on n'a point assez insisté à

(1) V. arrêt du 4 août 1903, qui rejette le recours de l'habitant (Dieuleveult).

notre sens, et la plupart des auteurs qui ont écrit sur la question, ont commis ici une véritable confusion. Il est tout d'abord des recours qui peuvent être formés par les électeurs en matière électorale, il est en ce cas bien certain qu'ils doivent être considérés comme ayant un intérêt direct et personnel. Mais en ce qui touche ceux qu'ils peuvent former contre les actes administratifs généraux, contre des délibérations des Assemblées, par exemple, doivent-ils être considérés comme parties intéressées. Il est un vieil arrêt *Warnier* (1) qui leur dénie cette qualité et il semble bien que la jurisprudence ne se soit pas modifiée depuis.

Nous tenons à signaler ici la jurisprudence nouvelle des arrêts *Chabot* et autres, sur laquelle nous aurons du reste à nous expliquer longuement. Mais remarquons le, il s'agit ici d'un recours intenté par un électeur en matière électorale. Toutefois, si jusqu'à présent le recours de l'électeur même en cette matière, s'était vu rejeté, c'était d'abord en vertu de la théorie du recours parallèle, mais également aussi parce qu'il n'était point considéré comme partie intéressée. *M. Laferrière* lui-même faisait remarquer que les électeurs de la commune sectionnée n'ont pas, jusqu'à ce que l'élection ait été faite, d'intérêt direct et personnel à attaquer l'acte de sectionnement. C'est là justement la thèse qui se trouve condamnée par l'arrêt

(1) 22 août 1853 (*Warnier*).

Chabot. « Considérant que les requérants électeurs dans la commune de Saint-Xandre, ont un intérêt direct et personnel à obtenir l'annulation des délibérations sectionnant cette commune. » Par conséquent ici encore il y a eu un revirement dans la jurisprudence. Il était important de le signaler.

RECOURS DES FONCTIONNAIRES.

Les fonctionnaires ont-ils qualité pour intenter un recours pour excès de pouvoir ? Pendant longtemps la jurisprudence n'a pas hésité à se prononcer dans le sens de la négative, en se basant justement sur ce que l'intérêt du fonctionnaire n'était ni direct ni personnel. « L'intérêt invoqué en ce cas, écrit M. Laferrière, n'est pas direct, il concerne la fonction et non le fonctionnaire. « C'est ainsi que des arrêts fort anciens avaient rejeté les recours dirigés contre la nomination de professeurs et qui avaient été intentés par d'autres professeurs. « Considérant, dit une décision, que les requérants professeurs à la faculté de Rennes n'avaient qualité ni pour attaquer l'arrêté du 21 août 1847, ni pour demander l'annulation des opérations qui avaient été la cause de cet arrêté ».

Il était au surplus difficile, en effet, d'admettre le recours des fonctionnaires, l'acte critiqué étant en effet la plupart du temps entaché de violation de la loi, il fallait donc également légitimer de la violation

d'un droit acquis. Une première catégorie de fonctionnaires avait vu cependant ses recours accueillis, c'était celle des officiers. En effet, les officiers possèdent un état, c'est-à-dire que le législateur a entouré de certaines garanties la situation de l'officier, on les résume dans un adage inexact peut-être : le grade est la propriété de l'officier. Parmi ces garanties les unes veulent que l'officier ne puisse être privé du grade qu'il possède sans passer par exemple devant un Conseil d'enquête, sorte de tribunal qui prononcera sur son cas et dont la décision ne pourra être modifiée qu'en sa faveur, il en est d'autres, au contraire, en vertu desquelles l'officier a droit à un avancement, l'avancement a lieu en effet mi-partie au choix, mi-partie à l'ancienneté. L'officier qui voyait par conséquent un autre officier moins ancien que lui être promu, avait le droit d'intenter un recours pour excès de pouvoir, il légitimait en effet d'un droit acquis. De très nombreux recours avaient été admis et le Conseil n'hésitait pas à statuer en cette matière (1). L'extension du recours avait été réalisée dans une situation voisine. L'art. 24 de la loi du 18 mars 1889 prévoyait en effet que des emplois civils seraient attribués aux sous-officiers ayant plus d'un certain temps de service, lorsque le sous-officier avait été classé à la suite d'un concours, par une commission spéciale, il avait le

(1) V. notamment les arrêts rendus à propos des recours intentés par Pierre Loti, 31 mars 1900.

droit d'exiger sa nomination. Par conséquent, une nomination illégale n'ayant pas tenu compte par exemple de l'ordre de classement ou de la proportion des places qui étaient réservées aux sous-officiers, pouvait valablement être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir (1).

Restreindre à ces seules espèces le recours du fonctionnaire devenait impossible devant l'extension donnée au recours pour excès de pouvoir. De plus en plus, le fonctionnaire a besoin d'être protégé contre le pouvoir même qui le nomme. Cette préoccupation se rencontre même dans la législation ; au lendemain de la loi du 31 décembre 1882 et en exécution de son article 26, des textes réglementaires vinrent fixer les conditions d'avancement, de révocation et de nomination des fonctionnaires, en un mot ce que la loi avait fait pour les magistrats ou pour les officiers, des règlements d'administration publique devaient le réaliser pour tous les fonctionnaires des administrations centrales. Si cependant tous ces fonctionnaires ne jouissent pas d'un état en ce sens que les garanties qu'ils possèdent ne sont point aussi énergiques que celles dont se trouve entourée la situation du professeur ou du magistrat, ils ont cependant, si nous osons ainsi dire, un pseudo état. Chaque fois que les règles tracées par les textes réglementaires auront été en-

(2) V. DEPRAY, 5 février 1897.

freintes, un recours pour excès de pouvoir pourra être valablement intenté. Le Conseil a même été fort loin dans cette voie, puisqu'il a admis que la simple violation d'un arrêté ministériel pouvait faire l'objet d'un recours.

Accueillir le recours du fonctionnaire au cas où les règles protectrices de ses droits avaient été violées, était-ce suffisant ? La jurisprudence ne l'a pas pensé ; il restait une dernière étape à franchir, c'était de permettre au fonctionnaire de critiquer toutes les nominations illégales qui pouvaient être faites par le pouvoir exécutif. Jusque-là un tel droit lui était refusé, en vertu de la théorie du droit acquis, il devenait donc nécessaire de l'abandonner et d'admettre tous les fonctionnaires en tant qu'intéressés à se pourvoir devant le juge des excès de pouvoir. Le revirement de la jurisprudence est aujourd'hui complet. Dans une affaire Lot et Molinier (1), elle admet le recours d'archivistes paléographes dirigé contre la nomination du garde général des archives et d'un inspecteur des bibliothèques. Le recours est rejeté au fond mais il est déclaré recevable en la forme, et c'est là justement que la nouvelle jurisprudence devient intéressante à étudier. Le Ministre opposait la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, il faisait remarquer que l'intérêt n'était ni direct, ni personnel, car les requérants

(1) 15 décembre 1903 (Lot et Molinier).

n'auraient pu être nommés ni l'un ni l'autre au poste qu'occupaient les deux fonctionnaires dont la nomination se trouvait attaquée. Conformément aux conclusions de son Commissaire du Gouvernement, le Conseil écarta la fin de non-recevoir.

Cette jurisprudence a été confirmée depuis dans l'arrêt du 18 mars 1904 qui a annulé sur le pourvoi d'un sieur Savary (1) des nominations illégales faites par le Ministre de l'Intérieur dans le service des enfants assistés. Là encore, la fin de non recevoir était opposée par le Ministre, le Docteur Savary ne pouvant être à cette époque nommé Inspecteur des enfants assistés puisqu'il n'était que sous-inspecteur de 2^e classe ; ici encore le pourvoi fut admis, l'intérêt des requérants était évident, car comme le faisait remarquer le Commissaire du Gouvernement, ces nominations devant obstruer indéfiniment sa carrière. Cette jurisprudence sera appelée à un très grand développement (2).

RECOURS DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

Les diverses autorités de la hiérarchie administrative sont-elles recevables à intenter le recours pour excès de pouvoir et à demander l'annulation des actes pris par l'autorité hiérarchique dans l'exercice de ses pouvoirs de tutelle ? Pendant longtemps la jurisprudence s'est prononcée pour la négative. « Ce n'est pas, écrit

(1) 18 mars 1904 (Savary).

(2) V. les arrêts (Alicindor), recours contre les nominations illégales faites dans le personnel de l'administration centrale du Ministère de l'Intérieur.

M. Laferrière, que le fonctionnaire inférieur ne puisse avoir un certain intérêt à voir tomber les décisions qui annuleraient illégalement la sienne, mais d'une part, cet intérêt n'est pas personnel, il concerne la fonction et non l'agent qui l'exerce et d'autre part les principes de la hiérarchie et de la subordination administratives s'opposent à ce que l'inférieur puisse entraver l'action de son supérieur et lui susciter une opposition devant un juge.

« A ce point de vue la situation d'un fonctionnaire agissant sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique, est très différente de celle d'une administration décentralisée qui n'est soumise qu'à la surveillance de l'autorité centrale en vue d'infractions déterminées. »

La question s'est tout d'abord présentée en jurisprudence pour les maires. Un arrêt de principe de 1886 maire de Wassy, rejette très nettement le recours. « Considérant que le maire de Wassy n'est pas recevable en ladite qualité à déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir la décision par laquelle le préfet de la Haute-Marne, dans l'exercice des pouvoirs hiérarchiques que lui confère l'art. 95 de la loi du 5 avril 1884, a annulé l'arrêté pris par le requérant à la date du 9 novembre 1884. » Cette jurisprudence était constante. Cependant on pouvait citer des arrêts qui avaient nettement admis le recours, dans le cas spécial où le maire demandait l'annulation de l'arrêté préfectoral comme argué d'incompétence (1). Il y

(1) 8 décembre 1893 (maire de Geslé) ; — 6 avril 1901 (maire de Jargeau).

avait donc deux cas à considérer lorsque le maire intentait un recours pour excès de pouvoir, dans l'un le maire critiquait dans l'arrêté préfectoral l'exercice même du pouvoir hiérarchique, dans l'autre, l'acte du préfet était argué d'incompétence. Le Conseil rejetait ou admettait le pourvoi suivant que l'hypothèse réalisée était la première ou la seconde. Deux arrêts rendus le même jour sur le pourvoi du maire de Rennes montrent bien la différence. Le premier admet le recours du maire parce que « l'arrêté du maire n'était pas de ceux qu'il appartient au préfet d'annuler ou de suspendre par application de l'art. 95 de la loi du 5 avril 1884. L'autre arrêt, au contraire, rejette le recours du maire parce que « le Préfet d'Ille-et-Vilaine, en annulant ledit arrêté, a agi dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 95, § 2 de la dite loi et que la requête du maire de Rennes doit être rejetée comme non recevable ».

La question en était là en jurisprudence, lorsqu'en 1902 une évolution s'est produite. Fallait-il trouver une indication de cette nouvelle conception dans l'arrêt du 3 juin 1892 qui rejette au fonds le recours formé par la ville de Mustapha contre un arrêté préfectoral annulant l'arrêté municipal pris par son maire au lieu de déclarer ce recours irrecevable. Nous ne le pensons pas, mais si jusqu'ici le recours du maire agent décentralisé était rejeté lorsqu'il était dirigé contre la décision du supérieur hiérarchique, dans

l'arrêt du 18 avril 1902, le Conseil le déclare au contraire recevable. L'espèce était la suivante : le maire de Nérès qui avait pris un arrêté à l'effet de réglementer les jeux de hasard vit son acte annulé par le préfet, sous prétexte qu'antérieurement un arrêté préfectoral réglementait déjà l'espèce. Deux questions étaient à examiner : la première, qui seule nous intéresse, était une question de recevabilité, la seconde consistait à se demander si la réglementation émanée du préfet était un obstacle à ce que le maire prit sur les mêmes objets un arrêté de police. Le Conseil admet en effet par son arrêt que si l'arrêté du maire ne peut aller à l'encontre de celui du préfet, il peut au contraire le corroborer et se montrer plus sévère dans sa réglementation.

Sur la question de recevabilité, l'arrêt se prononce dans les termes suivants : « Considérant qu'il résulte des dispositions de l'art. 91 de la loi du 5 avril 1884 que la police municipale appartient au maire et que les pouvoirs qui lui sont conférés en cette matière par l'art. 97, s'exerce non sous l'autorité, mais sous la surveillance de l'administration supérieure. » Le Conseil admet donc le recours parce que le maire exerce ses pouvoirs de police en vertu d'un droit proposé. Chaque fois en conséquence qu'une autorité comprise dans la hiérarchie administrative exercera ses pouvoirs sous la surveillance et non sous l'autorité du supérieur hiérarchique, en un mot lorsqu'elle agira en

vertu d'un droit inhérent à sa fonction et non en vertu d'une procuration d'action, elle pourra faire respecter ses droits et demander au juge l'annulation de l'acte de tutelle.

C'est de ce principe que le Conseil d'Etat vient de faire une nouvelle application dans son arrêt du 18 mars 1904, admettant le recours d'un agent décentralisé contre un arrêté du préfet des Hautes-Pyrénées. « Considérant que le préfet des Hautes-Pyrénées a dénié au président de la commission syndicale de Saint-Savin le droit de présenter à son agrément les employés attachés aux établissements thermaux de Cauterets, qu'ainsi sa décision porte atteinte aux droits que le président de cette commission prétend tenir de la législation en vigueur. »

RECOURS DES ASSEMBLÉES DÉLIBÉRANTES.

La tutelle administrative ne s'exerce pas seulement sur les actes des agents décentralisés mais également sur les délibérations des assemblées administratives. Elle se manifeste sous la forme d'approbation, de suspension, d'annulation, d'où il suit qu'une question se pose logiquement. L'assemblée va-t-elle pouvoir intenter un recours contre l'acte de tutelle? Sur ce point la jurisprudence a pendant longtemps répondu par la négative et la raison qu'on en donnait, c'est que permettre à l'assemblée d'exercer un tel recours aurait

comme conséquence de transporter les pouvoirs de tutelle de l'administrateur au juge (1). Une restriction était généralement apportée à cette thèse générale, visant le cas où l'acte de tutelle était relatif aux prérogatives propres de l'assemblée (2). Pour nous, tout au contraire, nous croyons que les assemblées délibérantes doivent être rangées au premier rang des individualités qui ont un intérêt direct et personnel, partant qualité pour intenter un recours pour excès de pouvoir. Les actes de tutelle, en effet, doivent être soumis au contrôle juridictionnel comme tous les actes administratifs, la tutelle ne saurait être arbitraire et remarquons le ce n'est point la transférer de l'administrateur au juge ; l'administration exerçant bien souvent d'une façon discrétionnaire son droit de tutelle, nous voulons dire par là qu'elle est libre ou non d'approuver ou de suspendre certaines délibérations ; mais lorsque le pouvoir de tutelle a été lui-même limité, qu'une annulation ne peut intervenir que pour cause déterminée, n'est-ce pas reconnaître implicitement tout au moins le droit pour l'assemblée délibérante de ne voir sa délibération annulée que dans ce cas précis et partant le droit pour elle de se pourvoir contre l'acte de tutelle entaché d'excès de pouvoir. Au surplus, la raison que donne M. Laferrière semble encore moins convaincante lorsque l'on se rend compte du mouve-

(1) LAFERRIÈRE, t. II, p. 445.

(2) 3 avril 1882 (Conseil général de la Martinique).

ment de la jurisprudence actuelle qui tend de plus en plus à juridictionnaliser la tutelle administrative. La loi du 5 avril 1884, en même temps qu'elle limitait le droit pour l'administration d'annuler les délibérations des conseils municipaux au cas où elles seraient entachées de vices déterminés, admettait en même temps la sanction nécessaire, c'est-à-dire le droit pour le conseil municipal d'exercer le recours pour excès de pouvoir. N'était-ce pas le cas où jamais pour la jurisprudence d'étendre la solution du législateur et d'admettre toutes les assemblées à lui déférer les actes illégaux par lesquels le pourvoi de tutelle se manifesterait, notamment au cas où il viendrait à annuler leurs délibérations. Le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé, et nous croyons fermement qu'il y a là une véritable inconséquence de la jurisprudence, on ne peut logiquement admettre un régime à l'égard d'une assemblée sans l'étendre aux autres (1). A bien examiner la jurisprudence, on peut lui faire également une deuxième objection, pourquoi refuser aux assemblées délibérantes le droit de se pourvoir si on reconnaît un pareil droit aux agents décentralisés, un Conseil général

(1) Le recours du Conseil général est notamment rejeté par l'arrêt du 2 avril 1897 (Côtes-du-Nord). « Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement d'administration publique ne donne aux Conseils généraux le droit de se pourvoir devant le Conseil d'Etat statuant au Contentieux contre les décrets portant annulation de leurs délibérations. »

V. également 17 janvier 1902 (Lenoir) ; — 27 janvier 1893 (département du Gard) ; — 22 mars 1902 (Bertin).

comme un maire a le droit d'exiger de la part de l'autorité qui exerce la tutelle le respect de ses pouvoirs. Aussi croyons-nous que fatalement la jurisprudence, par une évolution logique, sera conduite à étendre à toutes les assemblées délibérantes la solution que le législateur a déjà consacrée pour le seul conseil municipal.

La question de recevabilité du recours ne se pose pas seulement lorsqu'il est intenté par l'assemblée délibérante elle-même ; elle se pose également lorsque les requérants sont les membres de cette même assemblée qui agissent *ut singuli*. Dans son *Traité de la juridiction administrative*, M. Laferrière écrivait à ce sujet : « Les membres des corps électifs ne peuvent pas d'avantage assimiler à un intérêt personnel l'intérêt qu'ils portent à raison de leur mandat aux affaires qu'ils contribuent à administrer. Aussi de nombreux arrêts ont déclaré non recevables des recours formés par des membres de conseils généraux ou municipaux, de conseils de fabrique, de commissions administratives, d'établissements hospitaliers qui ne justifient pas d'un intérêt personnel distinct de celui de la collectivité. »

La jurisprudence est bien, en effet, fixée en ce sens que les membres d'une assemblée délibérante ne peuvent tirer de cette seule qualité le droit d'intenter un recours pour excès de pouvoir. C'est la loi du 5 avril 1884 qui semble avoir exercé en cette matière

une influence décisive. Antérieurement à ce texte, comme nous le montrerons tout à l'heure, la recevabilité du recours intenté dans de telles conditions ne semblait faire aucun doute, mais devant les termes de l'art. 67, la jurisprudence revint en quelque sorte sur son interprétation. En effet, l'art. 67 est exprès. « Le conseil municipal et, en dehors du conseil, toute personne intéressée peut se pourvoir contre l'arrêté du Préfet devant le Conseil d'État. » N'était-ce pas condamner le recours des conseillers *ut singuli*, puisque le seul conseil municipal ou les intéressés étaient reconnus comme ayant qualité. De très nombreux arrêts vinrent en conséquence déclarer irrecevables les recours des conseillers *ut singuli*. Cette jurisprudence fut étendue, et successivement les membres de toutes les assemblées délibérantes virent leurs pourvois rejetés.

L'évolution ne devait pas cependant tarder à s'accomplir. Dans un arrêt du 6 avril 1901 (1) qui rejetait bien un recours formé par les membres d'une commission administrative d'un hospice, une restriction se trouve insérée à la théorie si générale que nous venons d'exposer. « Considérant que de tout ce qui précède il résulte que les requérants ne justifient d'aucune violation des droits attachés par les lois et règlements à leurs qualités d'administrateurs. » N'était-ce pas clairement laisser entendre que les

(1) 6 avril 1900 (Du Bouays et autres).

membres des assemblées délibérantes seront recevables à intenter le recours pour excès de pouvoir lorsque l'acte attaqué sera un de ces actes qui portent atteinte aux droits attachés par les lois et règlements à la qualité de membre d'une assemblée délibérante. Cette formule n'était pas nouvelle ; déjà, antérieurement, nous la relevons dans un arrêt, en date du 25 juillet 1897, de Pitti-Ferrandi ; c'est cette restriction que nous voyons aboutir dans deux arrêts, Bergeon (1) et Martin, relatifs, l'un au recours des conseillers municipaux, l'autre à celui des conseillers généraux. Le membre élu peut, en effet, exiger qu'aucune atteinte ne soit portée aux droits et prérogatives qu'il tient de sa qualité d'élu. Comme le dit M. Romieu (2) : « La qualité se trouve donc dépendre, pour le membre du corps électif agissant à ce seul titre, non de la nature de l'acte attaqué, mais de la nature du moyen invoqué. » Mais en dehors de ce cas spécial, la fin de non-recevoir reste entière et absolue. Cette jurisprudence est-elle fondée ? Nous ne le pensons pas. Déjà, en 1896, dans son examen doctrinal paru dans la *Revue critique*, M. Brémond s'élevait avec raison contre cette fin de non-recevoir. Refuser aux membres des assemblées délibérantes de se pourvoir, c'est d'abord une inconséquence, en second lieu une inexactitude.

(1) 1^{er} mai 1903.

(2) 4 août 1905.

C'est d'abord une inconséquence, car de même que le contribuable pouvait, en vertu de l'art. 123 de la loi municipale, arriver dans tous les cas à faire tomber la délibération illégale, le conseiller n'avait qu'à se réclamer de cette qualité pour arriver à un pareil résultat. Pourquoi lui interdire la voie directe si on lui ouvre la voie indirecte ? La question s'était même posée devant le Conseil d'État, dans l'arrêt du 15 mars 1889, dans lequel les conseillers municipaux invoquaient également leur qualité de contribuable, et le recours ne fut rejeté de ce chef que parce qu'il avait été formé tardivement. Cette voie de droit permettait aux conseillers municipaux, d'arriver d'une façon indirecte, au résultat souhaité, mais l'art. 123 n'existe que dans la législation communale ; il était donc impossible à un conseiller général de parvenir à un résultat semblable. Ceci nous conduit à examiner la question au fond.

Quelle personne est plus intéressée que le membre élu à faire annuler une délibération illégale de l'Assemblée dont il fait partie, cet intérêt doit rendre son recours recevable et il le tire de son titre même, cette allégation peut paraître paradoxale, mais plus nous y réfléchissons, plus nous sommes pénétrés de son exactitude. Le membre élu d'une assemblée représente les électeurs, il a donc, étant en quelque sorte leur mandataire, un intérêt spécial qui est formé du faisceau des intérêts de ses mandats ; c'est au nom de

cet intérêt tout particulier qu'il a le droit d'agir. Sans doute, les expressions dont nous nous servons peuvent peut-être prêter à critique, mais cette idée que nous voulons mettre en lumière est en somme assez simple, le membre d'une assemblée délibérante tire de son élection en quelque sorte une qualité spéciale qui doit lui permettre d'intenter un recours pour excès de pouvoir. Au surplus même, l'élu est chargé de veiller à la bonne administration de la commune, du département, en un mot, de surveiller la question des intérêts de la personne morale qu'il représente, n'est-il pas de son devoir de provoquer l'annulation d'une délibération qui lui semble contraire à une bonne gestion de ces intérêts, ce droit d'agir en justice est inhérent à sa fonction elle-même, il en constitue en quelque sorte un des attributs essentiels. S'il est au monde quelqu'un qui ait le droit de provoquer l'annulation d'un des actes d'une assemblée délibérante parce qu'il a un intérêt direct et personnel, c'est bien celui qui en fait partie. Il semble qu'à l'heure actuelle, le Conseil soit en voie de traverser l'étape intermédiaire ; la reconnaissance du droit pour le membré élu d'agir, lorsque l'acte porte atteinte à un de ses droits ou à une de ses prérogatives, aura comme aboutissant fatal, le droit général pour le conseiller général ou conseiller municipal d'agir dans tous les cas et en cette seule qualité. Cette thèse que nous venons de soutenir, c'est celle-là même que la jurispru-

dence du Conseil a consacrée pendant de longues années. Pendant très longtemps, la recevabilité du recours de l'élu n'a fait aucun doute et cette constatation est d'autant plus intéressante qu'à cette époque, la notion d'intérêt n'avait point encore reçu l'extension que la jurisprudence devait plus tard lui apporter. C'est ainsi que dans l'arrêt du 7 mai 1867 la recevabilité du recours des conseillers municipaux n'avait même pas été soulevée, mais dans deux arrêts du 16 et du 23 juillet 1875, où il s'agissait du recours formé par des conseillers généraux, le Conseil statue explicitement : « Sur la question de savoir si le pourvoi est recevable. Considérant que les requérants, tous membres du Conseil général du département de la Corrèze, ont intérêt et, par suite, qualité pour contester la régularité des délibérations prises par cette assemblée. » Il n'est donc pas douteux que, dans un avenir prochain, le Conseil d'Etat ne revienne à cette ancienne jurisprudence.

RECOURS DU MINISTRE

Parmi les personnes auxquelles la jurisprudence du Conseil d'Etat a reconnu qualité pour former un recours pour excès de pouvoir, il faut citer le Ministre. La question de recevabilité du recours du Ministre ne pourra que rarement se présenter, étant donné qu'en vertu de ses pouvoirs hiérarchiques, le Ministre pourra la plupart du temps annuler l'acte illégal. Il est cepen-

dant des cas dans lesquels ce pouvoir hiérarchique du Ministre ne peut s'exercer, fallait-il dans ce cas refuser au Ministre le droit de provoquer l'annulation de la décision entachée de nullité. Le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé et par arrêt du 16 mars 1883, la haute juridiction n'a pas hésité à annuler la décision d'une commission scolaire qui lui avait été déférée par le Ministre. « Refuser au Ministre le droit de se pouvoir, disait M. Marguerie dans les conclusions qu'il donnait, ce serait reconnaître que des intérêts privés et individuels sont mieux protégés que les intérêts généraux et collectifs du pays en vue desquels les départements ministériels ont été institués. Si une décision peut compromettre l'exécution d'une loi intéressant le service public que le Ministre a mission d'assurer sous sa responsabilité, ce Ministre a non seulement le droit, mais même le devoir de la déférer au Conseil d'Etat, quand c'est le seul moyen de la faire disparaître. »

La question du recours du Ministre s'est posée également, comme le rappelait M. Saisset-Schneider, dans son rapport lors de la discussion du règlement d'administration publique du 16 mars 1906, devant le Conseil d'Etat. La loi de séparation a, en effet investi par une délégation de la puissance publique, certains corps ou certaines autorités ecclésiastiques du droit de dévoluer aux associations cultuelles les biens des établissements publics supprimés. Le seul contrôle qui put alors utilement s'exercer était nécessairement un contrôle

juridictionnel. Aussi l'art. 15 du décret du 16 mars 1906 prévoit-il notamment ce recours du Ministre. « Le délai du recours au Conseil d'Etat en annulation de l'acte d'attribution pour excès de pouvoir ou violation de la loi, que le recours soit formé par le Ministre des Cultes ou par une partie intéressée. »

DE L'INTERÊT AU CAS D'INTERVENTION

Nous avons vu jusqu'ici quel était l'intérêt dont il fallait justifier pour pouvoir intenter un recours pour excès de pouvoir, cet intérêt est-il le même et doit-il répondre aux mêmes règles au cas où le requérant prétend seulement intervenir. M. Laferrière exposait sur ce point une théorie particulière qu'il résumait de la sorte. « L'intervention est recevable, non seulement de la part de ceux qui justifient d'un intérêt direct et personnel, et qui auraient pu à ce titre recevoir communication du recours, mais encore de la part de ceux qui n'ont qu'un intérêt moins immédiat. » Aujourd'hui que l'ancienne théorie de l'intérêt direct et personnel est abandonnée, il semble qu'une certaine unification soit sur le point d'être réalisée. Il est peu de questions sur lesquelles la jurisprudence soit plus confuse et à lire même très attentivement ses arrêts, elle ne paraît point avoir réussi à dégager une théorie de l'intérêt au cas d'intervention. Pour chercher à résoudre le problème, deux situations sont à envisager successivement.

1^{er} cas. — C'est une individualité qui intervient. Aujourd'hui que la théorie de l'intérêt direct et personnel a été abandonnée, il semble logique d'exiger de la part de ceux qui interviennent, un intérêt identique à celui dont le requérant doit faire la preuve pour intenter le recours pour excès de pouvoir. Pour nous, par conséquent, la différence qui résultait de l'application de l'ancienne jurisprudence entre les requérants et les intervenants doit disparaître logiquement.

2^e cas. — C'est une collectivité qui intervient. Dans ce cas, le droit d'intervention doit être largement ouvert, les collectivités et plus spécialement les communes sont en effet intéressées chaque fois que la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques sont en jeu. Tout d'abord parce que c'est en quelque sorte la mission de la commune de pourvoir à la satisfaction de ces besoins locaux, et ensuite parce qu'aujourd'hui la responsabilité de la commune et des patrimoines administratifs étant admise, il en résulte qu'une commune pourrait se voir condamner au cas où l'arrêté pris par le maire viendrait à être annulé et si ce dernier avait mésusé de ses pouvoirs de police.

Il semble bien que la jurisprudence soit entrée dans cette voie, car on peut relever de très nombreux arrêts en faveur de l'intervention des communes au cours d'instance en annulation des arrêtés de police pris par

leurs maires. C'est ainsi que la ville de Toulouse (1) a été admise à intervenir au cours d'une instance dans laquelle l'arrêté de police du maire, enjoignant à un particulier de faire disparaître un dépôt de pétroles, était attaqué. L'intervention de la commune pouvait se légitimer par un double motif : la sécurité publique était intéressée dans l'espèce (danger d'incendie) ensuite au cas de sinistre, elle aurait pu se voir condamner peut-être à des réparations pécuniaires envers les particuliers. Mais si la Ville de Paris (2) a été déclarée recevable dans son intervention formée à l'occasion des recours dirigés contre les arrêtés relatifs au tout à l'égout, par contre, dans une instance absolument semblable, celle de la ville de Troyes (3) a été rejetée. Il y a évidemment une question à résoudre et il est désirable que la jurisprudence la solutionne au plus tôt.

INTÉRÊT EN CAS DE TIERCE OPPOSITION

De même que pendant longtemps la jurisprudence s'est montrée beaucoup plus facile à admettre une intervention qu'un recours, elle était en sens inverse beaucoup plus exigeante lorsqu'il s'agissait d'apprécier l'in-

(1) 4 mars 1906 (Detoche) ; — V. également 27 janvier 1899 (Tarret).

(2) 24 janvier 1902 (Avezard) ; — V. également 24 février 1899 (Syndicat des entrepreneurs de voitures).

(3) 25 janvier 1901 (Junot).

térêt permettant d'intenter une tierce opposition. Nous n'examinerons pas la question. La tierce opposition ne pouvant plus, d'après la jurisprudence actuelle, être formée contre un arrêt d'annulation.

FIN DE NON RECEVOIR TIRÉE DE L'EXISTENCE D'UN RECOURS PARALLÈLE

Il existe une dernière fin de non recevoir que l'on étudie généralement sous le nom de théorie du recours parallèle. En quoi consiste-t-elle, et quelle définition peut-on en donner ? On peut essayer de la formuler assez exactement de la façon suivante : « Chaque fois que le requérant peut par un recours quelconque arriver à se faire justice, la voie de l'excès de pouvoir doit lui être fermée. » Le recours pour excès de pouvoir apparaît donc dans cette conception comme un recours essentiellement subsidiaire, un *ultimum remedium* a-t-on dit quelquefois, qui ne peut être exercé utilement, qu'à défaut de tout autre recours. Remarquons-le immédiatement, la théorie du recours parallèle ne trouve point sa base dans la législation positive, il n'est point de texte qui la consacre d'une façon explicite ou implicite, elle est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence, et, si malgré quelques incertitudes, elle a été constamment maintenue par le Conseil d'Etat, elle n'en est pas moins forte-

ment attaquée par une fraction importante de la doctrine. Dans ces dernières années, il semble qu'un certain flottement se soit produit dans la jurisprudence de la haute assemblée, sans doute la fin de non recevoir n'a pas été abandonnée, mais elle a été limitée et précisée, en un mot, on est arrivé à cette étape intermédiaire et transitoire qui prépare l'ère nouvelle où elle ne sera plus qu'un souvenir historique. La théorie du recours parallèle est, avons-nous dit, l'œuvre de la jurisprudence, elle a même été formulée assez tard, forcément, en effet, elle ne devait se préciser que par suite de l'extension de l'excès de pouvoir. Si l'on se rappelle en effet l'historique que nous avons essayé de présenter dans notre introduction, on comprend que pendant toute la période de formation du recours, la question ne se soit que rarement présentée. En effet, la notion même de l'excès de pouvoir était essentiellement restreinte, et ce n'est qu'après 1864 qu'elle s'élargit, englobant la violation de la loi, la question du recours parallèle ne pouvait donc se poser qu'au cas d'incompétence ou de vice de forme avant cette date, et, même après, justifiant d'un droit acquis, le requérant aimait mieux porter son recours devant un juge statuant en vertu d'un pouvoir propre, que devant un conseil qui ne faisait que préparer les décisions du souverain. C'était même, remarquons le, pour cette raison, qu'on avait forgé la théorie du recours parallèle, l'administration dans cette conception devant

s'effacer en quelque sorte en présence du juge, et ne statuer que sur les requêtes qui ne pouvaient aboutir à une décision contentieuse. Cette raison qui a été donnée par certains auteurs, s'inspirait en effet du véritable motif qui avait dicté la solution. C'était par crainte, en réalité, de sembler vouloir attirer dans la sphère de sa compétence les affaires sur lesquelles les tribunaux judiciaires auraient pu prononcer que le conseil à cette époque, avait de lui-même cherché à limiter ses pourvois en éliminant *motu proprio* tous les pouvoirs sur lesquels il aurait pu statuer lorsqu'ils étaient basés sur un excès de pouvoir.

C'est donc sous le second Empire que la théorie du recours direct et parallèle semble avoir pris définitivement consistance dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. A cette époque elle fut appliquée rigoureusement, toute voie de recours directe ou indirecte fut considérée comme étant de nature à faire écarter le recours pour excès de pouvoir, la seule exception tirée de l'art. 471 15° était même considérée comme y faisant obstacle. En 1860, cette jurisprudence est en partie abandonnée, c'est à cette époque que se manifeste le courant d'idées que nous avons déjà signalé et qui porte le Conseil à étendre le recours pour excès de pouvoir ; les délimitations du domaine public peuvent être valablement attaquées, de même également les actes entachés d'excès de pouvoir flagrant peuvent faire l'objet d'un recours. Cette théorie nouvelle, que

l'on a appelé la théorie de l'excès de pouvoir flagrant, procède logiquement de la conception nouvelle du recours en annulation, conception qui veut voir dans cette voie de nullité une garantie contre l'arbitraire de l'administration, une soupape de sûreté, pour répéter une expression bien souvent employée. L'excès de pouvoir est alors admis dans deux cas principaux, d'abord au cas de recours contre les arrêtés de police, la voie d'exception de l'art. 471 15°, n'étant plus jugée suffisante, en second lieu, en matière de contributions indirectes, les recours dirigés contre les actes administratifs servant de base à la perception des taxes, ayant été également accueillis. Mais il ne faudrait pas cependant admettre, sans quelques restrictions, cette double affirmation, la jurisprudence ne statuant, en effet, sur le mérite des recours, qu'au cas d'excès de pouvoir flagrant. Qu'entendait-on exactement par là, si on lit les conclusions des commissaires du Gouvernement qui portaient à cette époque la parole, ainsi que les arrêts rendus par le Conseil, on s'aperçoit que le recours n'était pas seulement admis, comme le dit M. Laferrière, au cas de détournement de pouvoir, mais bien aussi lorsque sans qu'il fut nécessaire d'examiner au fond les requêtes, l'acte lui-même révélait à première vue le vice en quelque sorte originel dont il se trouvait entaché. C'est bien là l'idée même qu'exprimait M. Aucoc quand il déclare que le recours doit être admis contre l'acte dans lequel on relève

« un excès de pouvoir flagrant empiétant sur les attributions d'une autre autorité. » (1)

En 1872, la juridiction du Conseil devint une juridiction déléguée au lieu d'être une juridiction retenue, comme elle l'était antérieurement. Fatalement, ce changement devait avoir une répercussion sur la théorie de l'excès de pouvoir flagrant, elle fut en effet abandonnée complètement lorsque le recours était dirigé contre les actes administratifs qui servaient de base à la perception des contributions indirectes ; au contraire, le Conseil déclara recevable dans tous les cas les pourvois dirigés contre les arrêtés de police et tous les autres actes sanctionnés par une pénalité. Aujourd'hui que, par une lente élaboration, la théorie du recours direct et parallèle est définitivement assise, on peut essayer de montrer quelles sont en définitive les conditions auxquelles doit répondre tout recours pour faire obstacle à l'excès de pouvoir.

Il faut, à l'heure actuelle, pour qu'un requérant se voit fermer la voie de recours pour excès de pouvoir, qu'il ait à sa disposition « un recours direct et parallèle ». Il y a trois termes, dans cette définition, qu'il nous faut successivement expliquer et commenter.

Il faut d'abord un recours, et par recours il faut entendre une action et non une exception. En effet, l'exception n'est qu'un moyen de procédure qui nous

(1) Conférences, t. 1^{er}, p. 404.

permet d'écarter un acte quant à ses effets ; poursuivi en simple police, le délinquant, pour éviter toute condamnation, pourra exciper de l'illégalité de l'arrêté de police, mais il ne pourra ainsi en provoquer l'annulation. Cette voie est donc incomplète et, en second lieu, elle a le dangereux inconvénient de vous forcer à contrevenir à un acte administratif et de vous placer ainsi sous le coup d'une condamnation pénale. Une exception ne suffit pas, il faut une action ; mais disons mieux, par recours, il faut entendre une action contentieuse et non un simple recours administratif. Cela est bien évident, car s'il en était autrement, la conséquence logique serait que le recours hiérarchique étant toujours ouvert, jamais le requérant ne pourrait intenter le recours contentieux. Mais il est dans notre droit des recours administratifs qui ont en quelque sorte une allure contentieuse, comme autrefois le recours comme d'abus, comme également le recours de l'art. 13 de la loi du 21 juin 1865. Dans ces cas, n'y a-t-il pas lieu d'écarter le recours pour excès de pouvoir ? Nous ne le pensons pas, à cause même de la définition que nous avons donnée du mot recours. La possibilité d'obtenir une annulation, même lorsqu'elle est prononcée par une autorité aussi haute que le Conseil d'Etat, ne constitue pas une décision de justice, elle ne doit pas faire obstacle, par conséquent, au droit fondamental que possède tout citoyen de saisir le juge de l'excès de pouvoir.

Ce recours doit répondre, en second lieu, à une double condition. Il doit être direct et parallèle, en un mot, il doit aboutir au même résultat, c'est-à-dire, en d'autres termes, que suivant la formule consacrée, il faut que l'on puisse détourner les effets de l'acte et qu'on ne soit pas obligé de les réparer après les avoir subis.

C'est ce qu'exprimait M. Laferrière, lorsqu'il disait : « La fin de non-recevoir tirée du recours existant devant une autre juridiction n'est opposable que si ce recours est à la fois parallèle et direct — parallèle, c'est-à-dire s'il conduit la partie au but auquel elle a le droit de tendre en vue de son intérêt personnel ; direct, c'est-à-dire s'il l'y conduit directement au moyen d'une action résultant de sa propre initiative. »

C'est un examen plus sévère de ces conditions qui a amené le Conseil à modifier sa jurisprudence dans ces dernières années. La théorie du recours parallèle a été précisée. La première situation à laquelle nous faisons allusion est celle du contribuable. Pendant longtemps, en effet, le Conseil d'État avait considéré le contribuable comme ayant dans tous les cas à sa disposition un recours parallèle ; c'était celui qu'il pouvait exercer devant le juge de l'impôt, en l'espèce, le Conseil de préfecture, sous forme de demande en décharge ou réduction. Le juge de l'impôt est, en effet, compétent pour connaître de toutes les questions relatives à la légalité de la taxe. Nous disons légalité

de la taxe et non légalité de la dépense ; la colonne recettes est en effet dans nos budgets actuels indépendante de la colonne dépenses, et on ne peut, à travers la légalité de la recette, critiquer la légalité de la dépense ; c'est justement cette distinction que pendant longtemps la jurisprudence n'a point faite ; contribuable, par suite, s'est trouvé ballotté entre les deux juridictions, chacun des juges se déclarant incompétent. C'est tout d'abord au juge de l'impôt qu'il s'adressa et, en 1890, le Conseil repoussa sa demande par les motifs suivants : « Considérant, au surplus, que si la requérante se croyait en droit de contester la validité de l'acquisition desdits terrains à raison de certaines irrégularités qui se seraient produites à cette occasion, ce n'est pas par la voie d'une demande en décharge d'une contribution régulièrement établie qu'elle pouvait formuler cette prétention. »

Suivant ces conseils, les contribuables s'adressèrent alors au juge de l'excès de pouvoir, celui-ci repoussa leurs requêtes par des arrêts célèbres, Bied Charreton et Poisson. « Considérant que s'il pouvait appartenir au réclamant à titre de contribuable de former telle réclamation que de droit au sujet de contributions auxquelles il se trouverait assujetti comme conséquence des actes attaqués, il est sans qualité et par suite non recevable à en poursuivre l'annulation directement devant le Conseil d'Etat, par application des lois des

7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872. » Ainsi donc, les deux voies de recours semblaient fermées au contribuable. Cependant, l'un d'entre eux, le sieur Merlin, fut plus heureux, il réussit à forcer les portes du prétoire et ce recours eut l'heureux avantage de montrer en réalité l'inexistence du prétendu recours parallèle. Le sieur Merlin, en effet, demandait décharge d'une contribution d'une nature spéciale. La loi du 21 décembre 1882 permet aux conseils municipaux de voter certains centimes additionnels, afin d'allouer des secours aux familles des réservistes nécessiteux. Seulement, les Conseils ne peuvent user de ce droit qu'au cas d'insuffisance des recettes, il en résulte donc que ce demi-centime était une des recettes qui permettaient au juge de l'impôt d'apprécier la légalité de la dépense à travers la légalité de la recette. Or, justement le budget de la ville de Paris contenait de nombreuses dépenses illégales, notamment l'indemnité qui était allouée aux conseillers municipaux. Le raisonnement du sieur Merlin était donc le suivant : « Il existe des dépenses illégales au budget municipal, par conséquent on ne peut dire qu'il y a insuffisance de recettes, les recettes n'étant point insuffisantes, les centimes imposés en vertu de la loi de 1882 sont donc illégaux, décharge doit m'être accordée en conséquence de ce demi-centime. Sa prétention fut accueillie par les motifs suivants : « Mais considérant que le sieur Merlin soutient subsidiairement qu'il doit tout au

moins lui être accordé décharge du demi-centime additionnel inscrit au budget des recettes sous l'art. 5 chapitre 1^{er}, pour allocation de secours aux familles nécessiteuses des réservistes et soutien de famille ; qu'en effet, aux termes de la loi du 21 décembre 1882 qui en autorise l'imposition, ce demi-centime ne peut être voté qu'en cas d'insuffisance des ressources ordinaires et des centimes extraordinaires portés à leur maximum légal et que cette insuffisance ne se serait pas produite si une partie des ressources n'avait été appliquée à des dépenses contraires à la loi ». Le recours du sieur Merlin était donc admis, mais il n'avait triomphé que parce que le demi-centime illégalement imposé devait être établi dans des conditions tout à fait particulières. Combien y avait-il de ces recettes permettant au juge, étant donné leurs conditions d'établissement, d'apprécier ainsi d'une façon détournée la légalité de la dépense. Le recours devant le juge de l'impôt était donc manifestement insuffisant, il fallait faire un pas de plus et ouvrir au requérant comme le demandait le commissaire du Gouvernement M. Romieu, la voie du recours pour excès de pouvoir qui, seule, lui permettait d'obtenir toujours satisfaction. Ce fut l'œuvre de l'arrêt Casanova sur lequel nous n'avons pas à revenir.

De même que le recours du contribuable s'est trouvé pendant longtemps écarté à raison de la théorie

du recours parallèle, de même également le juge de l'excès de pouvoir a rejeté jusqu'en ces dernières années le recours de l'électeur pour des motifs identiques. Or, dans ce cas comme dans l'autre, ce recours parallèle n'existait pas en réalité.

C'est dans la matière des sectionnements électoraux que le Conseil s'est vu appelé à écarter la théorie du recours parallèle. Pendant longtemps, en effet, il avait considéré le juge de l'élection comme ayant pleine compétence pour connaître de la légalité de tous les actes administratifs qui servent à préparer l'élection elle-même, parmi ces actes il convenait de placer au premier rang le sectionnement électoral. La matière des sectionnements électoraux est régie par l'art. 41 de la loi du 5 avril 1884, qui trace certaines règles destinées à empêcher les abus qui s'étaient produits sous la législation de 1855 de se renouveler. Lorsque ces règles tutélaires n'avaient point été observées, le Conseil, suivant une jurisprudence constante, n'admettait point qu'on pût, par la voie du recours pour excès de pouvoir, lui déférer la délibération du Conseil général entachée d'illégalité. C'était devant le juge de l'élection que les requérants devraient porter la question. Sans doute, au premier abord, il pouvait sembler qu'il y ait bien en réalité un recours parallèle, le juge de l'élection appréciait la légalité du sectionnement et prononçait en cas d'infraction aux règles de l'art. 41 l'annulation de

l'élection elle-même. Mais, en réalité, l'annulation de l'élection était toute platonique, puisque le sectionnement subsistait, et fait plus curieux à noter, c'était d'après cet ancien sectionnement illégal que se refaisaient les nouvelles élections. « Aucune décision en matière de sectionnement ne peut être prise qu'après avoir été demandée avant la session d'avril ou au cours de cette session au plus tard. Dans l'intervalle entre la session d'avril ou la session d'août une enquête est ouverte à la mairie de la commune intéressée et le conseil municipal est consulté par les soins du préfet ». Cette procédure aboutissait donc à un résultat bizarre, celui de forcer les requérants à recourir contre les élections successives jusqu'à temps que le Conseil général, après avoir observé les délais de l'art. 42 et les règles de l'art. 44 prenne une nouvelle décision opérant un sectionnement légal. M. Lafferrière avait bien senti toute la portée de l'objection et il essayait d'y répondre en disant que l'art. 47 permettait aux préfets de provoquer l'annulation des délibérations illégales des Conseils généraux et que par conséquent, il y avait là un moyen d'empêcher les sectionnements qui porteraient atteinte aux règles de l'art. 44. Mais outre que l'art. 47 prescrit un recours administratif puisqu'il aboutit à une nullité prononcée par le Conseil d'Etat statuant administrativement, ce recours ne peut être intenté que par le préfet, et au cas où justement l'administration restait inactive, il en

résultait un état dont on ne pouvait que difficilement sortir. La jurisprudence le comprit, car, en 1903, le Conseil admit le recours pour excès de pouvoir dirigé directement contre la délibération du Conseil général. L'évolution est curieuse à signaler eu égard à la façon dont elle s'est accomplie. Le recours, en effet, ne fut pas formé par un électeur, mais par une commune, il devenait donc impossible de lui objecter l'existence d'un recours parallèle et qui, plus que la commune, a intérêt à faire tomber un sectionnement illégal? Son recours fut accueilli par un premier arrêt du 24 juillet 1903 (1). Il n'y avait qu'un pas à franchir, il consistait à généraliser la mesure et à permettre non plus seulement à la commune, mais à tout électeur d'intenter le recours, ce fut l'œuvre de l'arrêt Chabot. Désormais, ici encore, la théorie du recours parallèle est abandonnée parce qu'en définitive ce prétendu recours parallèle n'existait pas. De très nombreux arrêts sont intervenus depuis en la matière des sectionnements électoraux et leur nombre montre bien la nécessité qu'il y avait pour la jurisprudence à abandonner l'ancienne fin de non recevoir. Aujourd'hui, l'illégalité administrative sera nécessairement annulée et elle n'avait qu'un seul but, celui de fausser les conditions normales de l'élection (2).

Quels sont les arguments par lesquels on a cherché

(1) 24 juillet 1903 (Commune de Massat).

(2) 7 août 1903 (Chabot).

à légitimer la théorie du recours parallèle? M. Laferrière en donne deux principaux. Tout d'abord, la crainte de voir sur une même question les deux juridictions administrative et judiciaire se prononcer en sens contraire, est-ce bien là en définitive une raison bien convaincante? Il y a lieu pour nous d'en douter. Tout d'abord, remarquons-le au cas d'annulation de l'acte attaqué, cette contradiction ne peut se produire, au cas par exemple où un tarif d'octroi sera annulé, les tribunaux judiciaires seront bien forcés de s'incliner ; c'est donc uniquement dans l'hypothèse inverse, lorsque l'acte administratif aura été déféré au juge des excès de pouvoir et que ce dernier se sera prononcé dans le sens de la validité de l'acte attaqué et que, par contre, les tribunaux judiciaires se refuseront à l'appliquer sous prétexte d'illégalité. L'hypothèse n'est pas pour nous effrayer, tout notre droit administratif est rempli de telles contradictions. En matière de délimitation du domaine public, par exemple, les deux juridictions avant la transaction de 1872, n'ont-elles pas été longtemps en désaccord, de même en matière de contravention de voirie, la juridiction administrative étant compétente pour juger celles relatives à la grande voirie, la juridiction judiciaire connaissant au contraire des infractions aux règles relatives à la petite voirie, les deux juridictions ont-elles interprété d'une façon identique l'édit de 1607 et la déclaration de 1765.

Par exemple, également en cas d'accidents du travail, le Conseil d'Etat compétent pour connaître des réclamations dirigées contre les impositions destinées à alimenter le fonds de garantie s'est basé sur le même critérium que la Cour de cassation pour déterminer les industries assujetties à la loi du 8 avril 1898. La loi du 9 ventôse an XIII n'a-t-elle pas donné lieu à une controverse célèbre entre les deux juridictions ? Enfin, sans aller chercher si loin nos exemples, la matière des arrêtés de police est bien topique, puisque d'une part le Conseil peut se refuser à prononcer l'annulation d'un règlement de police et en reconnaître la légalité et que d'autre part au contraire, la Cour suprême peut se prononcer en sens contraire en rejetant les pourvois formés contre les décisions judiciaires ayant refusé d'appliquer la peine de l'art. 471 aux contrevenants.

En second lieu, nous dit M. Laferrière, si la théorie du recours parallèle est écartée, toute question contentieuse va être absorbée par le contentieux de l'annulation. Quelle est la question en effet, qui ne peut se solutionner par un recours pour excès de pouvoir ? La conséquence la plus importante de l'extension donnée ainsi au recours pour excès de pouvoir serait l'attribution de tout le contentieux des contributions indirectes à la juridiction administrative. C'est cette conséquence surtout qui est la raison déterminante du maintien de la théorie du recours

parallèle. Lorsqu'après 1872, le Conseil statua avec un pouvoir propre, il abandonna la théorie de l'excès de pouvoir flagrant qu'il avait adoptée même en matière de contributions indirectes. Pourquoi ne pas revenir à l'ancienne jurisprudence du second Empire. Les lois qui attribuent compétence à l'autorité judiciaire en matière de taxes indirectes lui donnent-elles une compétence sans partage ou bien plutôt n'ont-elles entendu lui attribuer juridiction que sur l'existence matérielle des faits qui servent de base à la perception de l'impôt ? En effet, lorsque le tarif lui-même qui sert de base à l'impôt se trouve attaqué, c'est bien un acte administratif au plus haut chef qui voit sa légalité contestée ; ce n'est point un fait matériel de consommation ou de transport qui fait l'objet du litige, la compétence doit donc être rationnellement une compétence administrative. Si même nous nous trouvons en présence d'une application du tarif préalablement établi au fait matériel générateur de l'impôt, la compétence devrait être encore une compétence administrative. La différence qui existe entre le mode de perception des impôts directs et des impôts indirects est purement fictive, dans un cas comme dans l'autre c'est un acte administratif que l'on attaque lorsque l'on conteste la légalité de l'impôt, mais cet acte administratif se présente sous forme d'une liquidation collective dans l'impôt direct, sous forme au contraire d'une liquidation individuelle dans l'impôt indirect (1).

(1) V. sur ce point LYON, *Matières budgétaires*.

Si l'on se reporte à la jurisprudence du Conseil, on voit que la première de ces deux propositions a été admise après 1860. C'est ainsi que dans les conclusions qu'il donnait sous l'arrêt du 15 mai 1869, commune de Petite-Scynthe, M. le Commissaire du Gouvernement de Belbœuf s'exprimait ainsi :

« Nos devanciers considéraient le recours au souverain, pour excès de pouvoir, comme une ressource suprême qu'il fallait réserver pour les cas où il n'y aurait pas d'autre recours possible. Aussi, toutes les fois que le litige pouvait être porté, en cas d'application de l'acte administratif, non seulement devant l'autorité judiciaire, mais même devant une juridiction administrative, le recours pour excès de pouvoir était rejeté comme non recevable.

« Le Conseil d'Etat du second Empire a compris et c'est là un de ses titres à la confiance toujours croissante des justiciables, qu'il pouvait y avoir un grand intérêt de paix publique et une précieuse garantie pour les citoyens à ce que, même avant l'application de la mesure, l'acte administratif, par lequel était autorisée la perception, pût être discuté au point de vue de sa régularité et au besoin annulé par une décision souveraine, s'imposant à tous avec une légitime autorité

« Nous rencontrons, en premier lieu, le recours direct pour violation des formes ou autre cause

d'excès de pouvoir, recours formé avant toute exécution de l'acte réglementaire. Dans plus d'une circonstance, mus par des considérations politiques de l'ordre le plus élevé (Voir notamment 28 déc. 1854, Roussel et consorts), vous avez déclaré un pareil recours recevable, et, faisant droit, au fond, aux conclusions des parties, vous avez prononcé l'annulation du décret attaqué. Vous avez voulu ainsi prévenir le trouble qui pouvait résulter de débats judiciaires, alors qu'il s'agissait de taxes irrégulièrement établies ».

La théorie du recours parallèle écarté lorsque le recours existe devant les tribunaux judiciaires, ne doit-elle pas être conservée lorsque le requérant peut porter son action devant un autre tribunal administratif. Il convient, en effet, de se rendre compte du problème. Dans le contentieux judiciaire, il n'est pas permis de se pourvoir devant le juge suprême avant d'avoir épuisé tous les autres moyens de droit ; le pourvoi en cassation est impossible tant que la voie de l'appel est encore ouverte. En est-il de même devant le juge administratif ? Le Conseil d'Etat a fait une curieuse application de ce principe dans la matière des établissements dangereux, incommodes et insalubres. En effet, pendant longtemps, il a distingué entre les oppositions formées devant le Conseil de préfecture, pour des raisons de fond, sur les incon-

vénients, par exemple, qui devaient résulter du voisinage de l'établissement insalubre pour les propriétés voisines, et celles, au contraire, qui se basaient sur l'illégalité même de l'arrêté d'autorisation ; pour ces dernières, il admettait qu'un recours direct pût être dirigé contre elles. Mais, lorsque le Conseil eut reconnu au contentieux des établissements insalubres le caractère de contentieux de pleine juridiction, il fut logiquement amené à rejeter les requêtes qui lui étaient présentées par la voie de l'excès de pouvoir et la raison qu'on en donne est justement celle qui est alléguée en procédure civile : à savoir que le pourvoi en cassation est irrecevable lorsque la voie de l'appel est encore ouverte au requérant. L'argument est-il bien péremptoire ? Nous ne le croyons pas : en effet, il est clair que la règle du double degré de juridiction peut être invoquée devant les tribunaux administratifs comme devant les tribunaux judiciaires, lorsque l'on se trouve dans le domaine du contentieux de pleine juridiction. Mais ici, il s'agit de savoir si la voie de l'annulation est fermée, parce que, d'une façon indirecte, le requérant peut obtenir justice par la voie de plein contentieux. Remarquons-le, ce ne sera jamais qu'un résultat obtenu par voie indirecte, l'acte de puissance publique restant toujours entier. C'est ainsi que l'on peut chercher à expliquer les hésitations de la jurisprudence, lorsque certaines questions se sont présentées devant elle, et nous voudrions

montrer comment certains arrêts laissent clairement entrevoir l'ère prochaine d'un abandon de la théorie du recours parallèle.

Pendant longtemps, tout d'abord, la théorie du recours parallèle avait été écartée en matière de comptabilité occulte dans l'hypothèse suivante. Lorsqu'un particulier était déclaré comptable de fait et que le Conseil de préfecture se déclarait compétent pour apurer sa gestion, le Conseil d'Etat lui reconnaissait le droit d'intenter directement un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté du Conseil de préfecture. Cette jurisprudence avait été constante jusqu'en 1882 (1). A cette date, elle a cessé d'être appliquée, en vertu de la théorie du recours parallèle. Il existait, en effet, un autre moyen pour le requérant de faire tomber la décision du Conseil de préfecture, c'était justement de la frapper d'appel devant la Cour des Comptes. Si nous avons rappelé cette jurisprudence, c'était uniquement pour montrer comment, pendant près d'un demi-siècle, la théorie du recours parallèle avait été écartée.

Il semble bien que ce soit dans la matière des taxes de trottoir, que le Conseil ait été amené à un premier revirement de jurisprudence. En vertu de la loi du 7 juin 1845, l'administration peut déclarer d'utilité publique la construction des trottoirs et contraindre

(1) 15 avril 1837 (Chervaux).

les particuliers à contribuer jusqu'à concurrence de moitié au montant total de la dépense. L'arrêté préfectoral est même muni d'une sanction particulièrement énergique ; car au cas où les riverains se refuseraient à exécuter les injonctions de l'administration, ils peuvent être poursuivis devant les tribunaux de simple police, en vertu de l'art. 471. Il y a donc là une assimilation complète de l'arrêté préfectoral à un arrêté de police, et, partant, un recours direct en annulation doit être ouvert aux intéressés ; on ne peut, en effet, les contraindre à commettre une contravention pour arriver à faire constater l'illégalité de l'acte administratif. En réalité, il existe bien un moyen pour le requérant d'obtenir justice sans s'exposer à encourir une pénalité. Dans les conclusions qu'il donnait devant le Conseil en 1881, M. Gomel l'indiquait : c'était de se soumettre et de réclamer ensuite devant le Conseil de préfecture, le remboursement de la dépense qu'on avait faite. Aussi une jurisprudence constante rejetait le recours pour excès de pouvoir, et, notamment en 1881, dans un arrêt de principe, le Conseil avait formellement statué en ce sens, voilà pourquoi en 1886, le commissaire du Gouvernement M. le Vavasseur de Précourt avait, conformément aux observations du Ministre, conclu à la non-recevabilité du pourvoi. Au contraire, dans son arrêt du 7 août 1886, le Conseil d'Etat admit le recours en tant qu'il était dirigé contre l'arrêté du préfet qui déclarait l'utilité publique des

trottoirs. M. Laferrière, dans son *Traité de la Jurisdiction administrative*, cherche à expliquer cet arrêt de telle façon qu'il ne fasse point tache à la théorie qu'il expose, en disant notamment que la déclaration d'utilité publique peut donner lieu à des contestations d'un autre ordre, que celles qui portent sur l'obligation de construire le trottoir ou d'acquitter la taxe ; par exemple, à des questions de voirie, de circulation, etc..., et que, par conséquent, la théorie du recours parallèle, bien loin d'avoir été abandonnée, a tout au contraire été précisée. Quant à nous, au contraire (voir notamment 18 novembre 1881 Pascal, 11 novembre 1881 Delagnes et surtout 16 janvier 1880 Lefebvre), nous persistons à croire que l'arrêt Besnier Jourdain constitue bien un abandon de la théorie du recours parallèle.

° Il est, en effet, une situation identique que l'on rencontre en matière de curage. Le propriétaire qui est atteint par l'arrêté, le forçant à curer, peut se voir condamné en vertu de l'art. 471, il peut également, soit exécuter les travaux prescrits et en demander le remboursement devant le Conseil de préfecture, soit au contraire laisser l'administration procéder à une exécution d'office, et agir par voie de demande en décharge dans les trois mois qui suivront la publication du rôle. Pourquoi, dans ce cas, maintenir la théorie du recours parallèle et dénier au requérant le droit d'intenter le recours pour excès de pouvoir.

De même, également, en vertu de la loi du 29 décembre 1892 qui ne fait que reproduire et reprendre une législation antérieure, l'administration peut être autorisée à occuper certaines propriétés en vue de l'exécution de certains travaux de voirie. La procédure a comme point de départ un arrêté préfectoral. Au cas où cet acte administratif est entaché d'illégalité, pourra-t-il faire l'objet d'un recours direct pour excès de pouvoir ? Pendant longtemps, la jurisprudence l'a pensé, et nous croyons cette solution exacte, mais, par contre, aujourd'hui elle reconnaît pleine compétence au Conseil de préfecture. Le résultat auquel elle aboutit est le suivant : un acte de puissance publique va se trouver annulé par le Conseil de préfecture, c'est là une situation tout à fait étrange, le contentieux de l'annulation ne devant être exercé que par le Conseil d'Etat, la compétence du Conseil de préfecture n'aurait-elle pas dû être limitée à la seule question d'indemnité.

Il existe d'autres arrêts qui sont encore plus explicites. Le premier monument de la jurisprudence auquel je veux faire allusion est l'arrêt Philippe, du 13 février 1903. Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande en décharge de contributions, et postérieurement au délai de trois mois imparti aux particuliers pour attaquer le rôle, il avait été formé une nouvelle demande se basant cette fois sur la composition illé-

gale de la commission des répartiteurs. L'arrêt statue ainsi : « Considérant que si les parties intéressées peuvent à toute époque demander au préfet de déclarer nulle de droit la délibération d'un conseil municipal dont elles contestent la légalité, le sieur Philippe n'était recevable devant le Conseil de préfecture ». Il résulte donc de cet arrêt que le requérant peut à son gré intenter le recours en matière de contributions directes devant le juge de la taxe ou se pourvoir en intentant la voie de nullité des art. 65 et 66. Existait-il bien un recours parallèle. Certainement les deux recours sont identiques et aboutissent bien au même résultat au point de vue subjectif. L'arrêt ne peut cependant être invoqué parce que le recours prévu par les art. 65 et 66 n'est pas un recours par excès de pouvoir, mais un recours en la forme du recours pour excès de pouvoir. Si, cependant, nous l'avons cité, c'est uniquement pour montrer que le contentieux de pleine juridiction n'exclut point une voie contentieuse qui aboutit à une annulation.

Cet arrêt Philippe mérite qu'on s'y arrête, parce qu'il peut être le point de départ de toute une jurisprudence qui, si elle est accueillie, pourra être la cause de l'abandon de la théorie du recours parallèle. Le Conseil semble en effet admettre qu'on puisse, par la voie de nullité des art. 65 et 66, contester la légalité de toutes les délibérations du corps municipal, même de celles qui, relatives à la nomination des réparti-

teurs, auraient dû, semble-t-il, être uniquement de la compétence du juge de l'impôt, qu'en résultera-t-il, ceci simplement, c'est que, par la voie de nullité des art. 65 et 66 de même qu'on peut contester la légalité de la dépense, on pourra contester la légalité de la recette. Lorsqu'un conseil municipal aura voté une recette illégale, au lieu d'être obligé d'user du recours tortueux et individuel qui consiste à demander au juge de l'impôt décharge de quelques centimes illégaux, on pourra directement obtenir une annulation de la recette illégale, annulation qui pourra être provoquée à toute époque, et non plus dans le délai restreint de trois mois, annulation qui aura un effet général et absolu qui profitera à tout le monde et non plus au seul requérant. Cette jurisprudence nouvelle, que nous appelons de tous nos vœux, sera le pendant de celle qui a été instaurée par l'arrêt Casanova. Si elle se généralise, nul doute que le recours parallèle ne tarde à disparaître (1).

Indépendamment du recours qui est prévu par l'art. 13 de la loi en vertu duquel il est permis aux propriétaires intéressés de demander l'annulation de l'arrêté préfectoral qui approuve une association syndicale recours administratif comme nous l'avons vu et sur lequel il est statué par décret en Conseil

(1) Il convient de signaler un arrêt Barthe, 4 déc. 1903, où la question s'est présentée en matière de taxes indirectes. Le Conseil rejette le recours, mais la rédaction de l'arrêt est tout à fait significative.

d'Etat, ils peuvent également intenter un recours pour excès de pouvoir. Ce dernier recours n'aurait-il pas dû cependant être écarté, en vertu de l'art. 17, les propriétaires peuvent contester la légalité de l'acte approubatif de l'association devant le juge du contentieux de la taxe, en l'espèce le Conseil de préfecture, par une demande en décharge.

Le Conseil a cependant admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. En effet, là encore, on ne peut dire qu'il y ait recours parallèle. Le recours devant le Conseil de préfecture ne permet à l'intéressé que d'obtenir décharge de la taxe qui lui a été illégalement imposée, tandis que par la voie de l'excès de pouvoir, il va faire tomber l'association elle-même. Le paiement d'une contribution n'est pas la seule conséquence, en effet, par laquelle se manifeste une association illégalement constituée ; le décret du 9 mars 1894, déclarant, en effet, que les obligations qui dérivent de la constitution de l'association syndicale sont attachées aux immeubles compris dans le périmètre et les suivent en quelques mains qu'ils passent, le recours pour excès de pouvoir peut seul faire tomber ces obligations dont le paiement d'une taxe ne constitue qu'une minime partie.

Ne pourrait-on pas citer un troisième arrêt, celui du 17 mai 1895, dans lequel il semble bien que le Conseil d'Etat ait abandonné la théorie du recours parallèle. Rappelons en quelques mots l'espèce

litigieuse. La loi du 15 juillet 1895 porte dans son art. 33 que le prix de la journée des malades soignés dans les hôpitaux au compte du service de l'assistance médicale gratuite, est fixé par arrêté préfectoral, en prenant comme base le prix moyen des cinq dernières années ; or, justement, le préfet de la Loire-Inférieure avait fixé à deux francs le prix de la journée des malades soignés au compte de l'assistance médicale à l'Hôtel-Dieu de Nantes. Mais en même temps, il avait décidé que ce prix ne serait dû pour les malades ayant subi une opération qu'à partir du vingtième jour à compter de l'opération. Les hospices de Nantes, devant une telle disposition, formèrent un recours pour excès de pouvoir. Par arrêt du 17 mai 1895, le pourvoi fut admis. Il nous semble que la théorie du recours parallèle est ici écartée, c'est l'opinion de M. Hauriou qui écrit en ce sens : « Cette décision doit être considérée comme une atteinte à la doctrine dite du recours parallèle que le Conseil d'Etat avait jusqu'ici affirmée d'une manière constante en matière d'excès de pouvoir. » La question n'est tranchée qu'implicitement dans l'arrêt qui annule l'arrêté préfectoral sans faire seulement allusion à la thèse du recours parallèle. En quoi consistait-il en notre espèce. Les hospices de Nantes pouvaient en effet arriver au même résultat de la façon suivante. La commission des hospices n'avait qu'à porter son action en vertu de l'art. 33 devant le Conseil de préfecture, ce dernier aurait condamné la

commune poursuivie à payer tel prix que de droit en égard au nombre de journées de présence dans les hôpitaux, le Conseil eut été compétent pour trancher la question de légalité de l'arrêté préfectoral et faisant droit à ce moment à la demande des hospices, il eut appliqué à la liquidation un prix de journée qu'il aurait fixé lui-même en tenant compte de la moyenne des cinq dernières années. On voit tout de suite quel eut été l'inconvénient d'une telle façon de procéder.

Les hospices auraient dû intenter autant de recours qu'il y avait de communes, au lieu que par la voie du recours pour excès de pouvoir d'un seul coup, ils font trancher la contestation, ils font annuler l'arrêté préfectoral illégal. La voie de l'art. 33 ne permettait donc pas à la commission administrative d'arriver à ce résultat. Aussi, suivant M. Dejamme, il n'y avait donc pas lieu de lui opposer la doctrine du recours parallèle. Nous nous permettrons d'être d'un avis tout différent. Le commissaire du Gouvernement, M. Jagerschmidt, dans les conclusions qu'il donnait, avait justement aperçu l'objection et il y répondait en citant l'arrêt du 7 août 1886, auquel nous avons fait allusion en discutant la théorie du recours parallèle en matière de taxes de trottoirs. De quelque façon qu'on explique l'arrêt Besnier, on ne peut que constater l'abandon de la théorie du recours parallèle dans l'arrêt de 1895.

Que la partie ne puisse pas arriver à l'annulation

de l'acte illégal, peu importe, en effet, aux yeux de la jurisprudence, pourvu qu'elle réalise le même but par un autre moyen. « Comme l'écrit M. Laferrière, la prétention qu'émettrait la partie d'être dispensée par une annulation prononcée une fois pour toutes, de renouveler sa réclamation toutes les fois qu'elle serait atteinte par un acte susceptible d'applications successives, ne saurait être accueillie, car elle ne repose que sur un intérêt à venir et éventuel, non sur l'intérêt né et actuel qui peut seul autoriser une action. Il suffit à la partie que l'action lui soit ouverte aussi souvent que l'acte lui fera grief. »

L'arrêt de 1895 est bien une atteinte formelle à la théorie du recours parallèle, et il est intéressant à signaler, car il pourra devenir la base d'une évolution de jurisprudence qui sera peut-être la suivante :

1^o Tout d'abord, pour apprécier s'il y a recours parallèle, il ne faut pas se demander si un recours direct et parallèle existe en soi dans telle ou telle situation juridique, il faut se placer au point de vue subjectif du requérant. Il est clair, par exemple, que, envisagé de cette manière, les hospices de Nantes ne possédaient point un recours parallèle. Cette jurisprudence, consacrée par notre arrêt, devra vraisemblablement être étendue dans des cas semblables.

2^o En second lieu, après s'être placé au point de vue subjectif, on devra se placer au point de vue objectif. Le recours pour excès de pouvoir étant un

recours objectif, il faut se demander si au point de vue objectif le recours parallèle aboutit au même résultat ; la théorie sera alors nécessairement abandonnée, le recours parallèle ne pouvant aboutir à cette annulation totale et absolue que seul le recours pour excès de pouvoir est à même de réaliser. Ainsi disparaîtra cette fin de non recevoir qui est en quelque sorte en contradiction avec la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, qui cherche à étendre la notion d'intérêt pour permettre à un plus grand nombre de requérants de provoquer l'annulation des actes administratifs illégaux.

CONCLUSIONS

Nous avons essayé jusqu'ici de retracer fidèlement l'œuvre du Conseil d'Etat, nous avons cherché à décrire comment peu à peu la jurisprudence s'était élargie, comment le recours pour excès de pouvoir s'était, en un mot, transformé. Il convient de rechercher sous quelles influences s'est accomplie cette évolution, et de montrer quel est son avenir. La décentralisation administrative s'analyse en deux propositions, d'une part, la remise de l'administration des intérêts régionaux à des organes spéciaux distincts du pouvoir central ; d'autre part, la nomination des organes par le suffrage universel. Le contre-poids de la décentralisation, c'est la tutelle administrative, c'est-à-dire le pouvoir coercitif exercé sur les organes décentralisés, afin de les maintenir dans la limite de leurs attributions et de les forcer à accomplir la mission pour laquelle ils ont été créés. Cette tutelle doit normalement s'exercer conformément à la règle de droit ; or, s'il est un fait qu'il convient de stigmatiser, c'est la déviation de la tutelle administrative, sous l'influence du suffrage universel, les agents qui sont

chargés d'en assurer l'exercice sont hésitants, bien souvent même, loin d'accomplir leur mission, ils se servent des pouvoirs qu'ils possèdent pour aller à l'encontre du droit et de l'équité, aussi à cette situation, il convenait de trouver un remède, ce remède, c'était le recours pour excès de pouvoir. La tutelle administrative, a-t-on dit, a été ramassée de la main défaillante de l'administration, par la juridiction administrative, la transformation de la tutelle, c'est là le point fondamental, l'idée directrice qui a présidé à l'évolution de la jurisprudence, cette idée on la retrouve derrière tous les arrêts que nous avons cités, il n'en est pas un seul qui ne s'en inspire directement. Le recours administratif, en effet, ne suffisait plus, bien souvent l'administration ne répondait pas soit par crainte, soit par mauvais vouloir, à l'administrateur il fallait fatalement substituer un juge.

Cette transformation de la tutelle administrative avait été très clairement indiquée en des pages admirables par M. Hauriou. L'évolution du contrôle de la légalité des actes administratifs devait passer par plusieurs étapes. Réduites d'abord au rôle de simples conseils consultatifs, les assemblées délibérantes ont été admises ensuite à prendre de véritables délibérations qui devaient alors être approuvées dans tous les cas, puis la délibération réglementaire fit son apparition en 1837, délibération qui pouvait être annulée ou suspendue, jusqu'au jour où, à l'annulation sans

cause déterminée, a succédé l'annulation intervenant sur cause déterminée. Le dernier terme de l'évolution sera l'annulation pour cause déterminée prononcée par le juge. Remarquons-le, à tout prendre, si le contrôle des délibérations des conseils municipaux ou des commissions administratives appartient au préfet, celui qui s'exerce sur les délibérations des conseils généraux a déjà toutes les allures d'un contrôle juridictionnel, nous voulons dire par là que si c'est bien un corps administratif ou, pour s'exprimer plus exactement, le chef de l'Etat en son Conseil qui décide en vertu de l'art. 47, la haute assemblée statue sur les recours formés par les préfets avec l'impartialité qu'elle apporte dans l'examen des recours formés par les particuliers, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur leur mérite en tant que juridiction administrative.

L'extension du recours pour excès de pouvoir, qui est la conséquence de la transformation de la tutelle administrative, nous l'avons retrouvée dans l'examen de chacune des fins de non recevoir. Les actes qui échappent au recours sont de moins en moins nombreux et ceux qui ne peuvent être attaqués directement sont quand même l'objet d'un contrôle indirect, puisque les mesures administratives prises pour en assurer l'exécution sont soumises au contrôle juridictionnel.

Si le délai du recours a été restreint à deux mois par la loi du 13 avril 1900, la jurisprudence, par contre,

cesse d'opposer cette fin de non recevoir tirée de l'existence d'un contrat de droit commun qui prend sa base dans l'acte administratif ; si le délai a été réduit, il sera toujours un délai utile, jamais plus l'acte administratif ne deviendra inattaquable avant même son expiration.

De même, cette œuvre si remarquable de la jurisprudence s'est également manifestée dans la fin de non-recevoir résultant du recours parallèle.

Ici encore, elle a limité et précisé cette fin de non-recevoir ; en s'attachant à ses termes stricts : « recours direct et parallèle », elle a été logiquement conduite à exiger un recours, c'est-à-dire une action contentieuse et un recours aboutissant à un résultat identique, c'est-à-dire permettant de détourner l'acte dans tous ses effets. C'est ainsi, notamment, qu'elle a cessé d'opposer cette fin de non-recevoir au recours du contribuable ou à celui de l'électeur, non pas, comme on l'a dit, parce qu'elle abandonnait ici la théorie du recours parallèle, mais bien en réalité parce que, de l'examen plus approfondi de chacune des deux espèces, il en résultait clairement que le recours n'était ni direct, ni parallèle et que même il n'existait pas.

Mais c'est surtout par la construction entièrement nouvelle d'une théorie de l'intérêt que l'œuvre jurisprudentielle a été vraiment novatrice. Les conditions de recevabilité ayant été unifiées et cessant d'exiger la preuve d'un droit acquis et violé pour se contenter,

dans tous les cas, de celle d'un simple intérêt lésé, la jurisprudence a été amenée à étendre la notion même de l'intérêt; l'ancienne théorie de l'intérêt direct a été abandonnée. C'est par là, justement, on peut le dire, que le recours pour excès de pouvoir est devenu un recours objectif. En effet, tant que le requérant a dû légitimer, pour voir triompher son action, d'un intérêt qui lui fut propre, on a pu soutenir qu'on était en présence d'un recours subjectif, mais le jour où il a suffi d'avoir un intérêt, et que cet intérêt est celui commun à toute une collectivité, on est incontestablement en présence d'un véritable recours objectif, car le requérant apparaît, qu'on le veuille ou non, étant donné l'annulation intégrale qui suivra son recours, comme étant le porte-parole de la collectivité.

Transformé ainsi, le recours pour excès de pouvoir apparaît bien comme étant le plus sûr moyen pour les particuliers de provoquer l'annulation de tous les actes administratifs illégaux, au lieu d'aller à l'administrateur pour lui demander d'user de ses pouvoirs de tutelle, ils s'adresseront au juge afin d'obtenir une décision mettant à néant l'acte qui leur porte grief. Par là, la transformation de la tutelle sera réalisée, à la tutelle administrative sera substituée une tutelle contentieuse.

Cette substitution n'est pas encore complète, il reste, en effet, à la jurisprudence à parachever et à

compléter son œuvre. Le recours du contribuable a été tout d'abord admis, et si la voie de nullité des art. 65 et 66 a permis cette extension, c'est surtout parce que c'est en matière communale que l'absence d'une tutelle énergique se faisait le plus vivement sentir. Comme l'a dit M. Hauriou, le Conseil a pris en main toute la tutelle financière des communes, encouragé par les arrêtistes il a élargi le recours l'admettant contre les délibérations relatives au patrimoine communal, et on peut dire sans risquer d'être démenti, qu'aujourd'hui en ces matières le règne de l'arbitraire a définitivement cessé. Nous avons vu par quelle évolution ces notions avaient été transportées dans la matière de l'excès de pouvoir pur, il reste bien quelques points sur lesquels la jurisprudence ne s'est point encore prononcée ; souhaitons, au plus tôt, que les espèces se présentent pour qu'elle puisse ainsi couronner l'œuvre qu'elle a si heureusement entreprise.

Si la théorie du recours du contribuable paraît être aujourd'hui solidement édifiée et définitivement acquise, il est loin d'en être de même de celle relative au recours de l'électeur et de l'habitant, l'évolution sera beaucoup plus lente, nous le croyons, mais il faut espérer qu'elle s'accomplira, l'habitant, ne pouvant se voir privé du droit d'exercer le recours pour excès de pouvoir, étant soumis par sa seule qualité à toutes les conséquences des illégalités administratives.

Si le recours pour excès de pouvoir a été largement

ouvert aux particuliers et s'est transformé, il ne pouvait cependant devenir un véritable recours objectif qu'à la condition qu'il put également être intenté par les autorités soumises au pouvoir de tutelle. S'il doit suppléer au défaut de tutelle, il doit également permettre à l'autorité soumise à ce pouvoir de se soustraire à une autorité qui exerce à tort ses droits, et qui en use à faux. Il ne peut y avoir de vraie décentralisation que si la tutelle elle-même est soumise, quant à son exercice, au contrôle du juge des excès de pouvoir ; sous l'influence des idées de liberté, on a accordé, en effet, aux corps décentralisés des pouvoirs propres, comment pourront-ils les faire respecter s'ils ne peuvent réclamer devant un juge. La conception qui refuse aux organes le droit de se pourvoir n'est plus en rapport avec la législation actuelle, elle pouvait exister lorsque les pouvoirs que possédaient les assemblées délibérantes étaient restreints, mais la condition de toute délibération réglementaire, qui ne peut être annulée que pour excès de pouvoir ou violation de la loi, c'est justement que l'assemblée elle-même ait le droit de critiquer l'acte du tuteur. La loi de 84 l'avait compris, la jurisprudence a manqué à sa tâche en refusant d'étendre cette solution à toutes les assemblées délibérantes. C'est en cette matière et en ce sens que la prochaine poussée jurisprudentielle se fera fatalement ; après avoir élargi le recours du particulier, elle étendra celui de l'organe décentralisé.

Déjà nous en voyons un heureux augure dans ces arrêts qui admettent le recours de l'agent décentralisé et dans ceux qui déclarent recevables ceux qui sont intentés par les membres des assemblées qui tirent de leur titre même certains droits et certaines prérogatives.

Enfin, le recours pour excès de pouvoir ne joue pas seulement dans les rapports de la puissance publique avec les tiers et les organes décentralisés, mais également dans les relations de l'Etat et de ses fonctionnaires. Ici, on peut le dire, l'œuvre est parachevée, le Conseil a créé un état des fonctionnaires, et grâce aux syndicats et aux ligues qui se fondent, les règles qui doivent présider à la nomination et à l'avancement de tous les agents seront rigoureusement et nécessairement observées.

Lorsque le recours pour excès de pouvoir aura été ainsi élargi, il deviendra un véritable recours objectif, l'évolution jurisprudentielle sera alors intégralement accomplie, suivant la parole même de notre éminent maître, M. Berthélemy, ce recours sera devenu un recours populaire. Il apparaîtra comme étant le contrepoids nécessaire de l'arbitraire. La France sera alors un pays vraiment libre, car une large décentralisation ne se comprend que s'il existe comme contrepoids une juridiction assez forte et assez indépendante pour pouvoir annuler tous les actes entachés d'arbitraire ou d'illégalité. Cette juridiction, nous la possé-

dons, c'est le Conseil d'Etat ; cette voie de droit, nous l'avons, c'est le recours pour excès de pouvoir ; grâce à lui, la liberté ne dégénérera ni en licence, ni en oppression ; elle restera la vraie liberté.

Telle est l'évolution jurisprudentielle que nous voulions décrire ; puissions-nous avoir réussi à mieux faire connaître l'originalité et la physionomie du recours pour excès de pouvoir ; puissions-nous surtout avoir montré comment il tend de plus en plus à réaliser cet idéal qu'on doit toujours chercher à atteindre, nous voulons dire un idéal de justice et d'équité.

Vu :

Le Président de la Thèse,
BERTHÉLEMY.

Vu :

Le Doyen,
LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Rennes,
LIARD.
